Unterschiede und Zusammenhänge :: zwischen dem dinglichen und :: : obligatorischen Vorkaufsrechte. :

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Ruf, Kötzting.

Diessen (Oberbayern)
Druck der Graphischen Kunstanstalt Jos. C. Huber
1909.

Unterschiede und Zusammenhänge :: zwischen dem dinglichen und :: : obligatorischen Vorkaufsrechte. :

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Ruf, Kötzting.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Diessen (Oberbayern)
Druck der Graphischen Kunstanstalt Jos. C. Huber
1909.

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn-Bartholdy.

Herrn Karl Thieme

Direktor

der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl., Straßb. 1901.
Bayrische Dienstanweisung für Grundbuchämter.
Beseler, System d. gem. deutschen Priv.-R., Bd. 1; 4. Auflage, Berlin 1885
Biermann, Das Sachenrecht des BGB., 2. Aufl., Berlin 1903.
Böhm, Das mat. u. formelle Reichsgrundbuchr., Hannover 1898.
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB., Berlin 1900.
Buchka, vergleichende Darstellung des Bürg. R. u. d. gem. R., 3. Aufl. Berlin 1899.
Burdorff, Ist die rechtl. Natur des obl. Vorkaufsr. u. Wiederkaufsr. im BGB. geänd. gegenüb. d. gem. R? Diss., Erlangen 1902.
Crome, Lehrbuch des bürg. Rechts, II. Bd. Tübingen u. Leipzig 1902. III. Bd., Tübingen 1905.
Degenkolb, Der Begriff d. Vorvertrags, Festschrift d. Jur.-F., Freiburg 1871.
Dernburg, Die Schuldverh. nach d. Recht d. deutsch. R., Bd. II2, 1. u. 2. Aufl. 1901.
Eccius, Preuß. Privatrecht, Berlin 1896. 7. Aufl.
Endemann, Lehrbuch des Bürg. R. 9. Aufl., Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann, Das Bürg. R., Bd. I u. II, 2. Aufl. 1901.
Fischer-Henle, BGB., Handausg., 6. Aufl., München 1904.
Fischer-Schaefer, Die Gesetzgeb. betr. die Zwangsvollstr. in das unbew. Vermög., Berlin 1902.
Förtsch, Vergleichende Darstellg. des code civile u. BGB., 2. Aufl. 1899.
Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902.
Gengler, Das deutsche Privatrecht, 3. Aufl. 1876.
Gerber, Syst. d. deutsch. Privatr., neu bearb. v. Cosack, 17. Aufl.
Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., Leipzig 1905.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsr., Erlangen 1858.
Haidlen, BGB. nebst EG. mit d. Mot. u. sonst. gesetzg. Vorarb., Berlin, Stuttgart, Leipzig 1897.
Heusler, Institut. d. Priv.-R., Leipzig 1886.
Jaeckel, Reichsges. über Zwangsverst., 2. Aufl., Berlin 1904.
Jaeger, Das Vorkaufsr. nach gem. Recht, Diss., Tübingen 1893.
Immerwahr, Das dingl. Vorkaufsr. in Iherings Jahrb., Bd. 40.
Juristische Wochenschrift 1904, Vork. u. Wiederk. von Bendix.
Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsr. nach BGB., Diss., Erlangen 1898.
Kipp, Der Parteiwille unter der Herrschaft des BGB., Rektoratsr. 1899.
Kretzschmar, Einführ. in das Grundbuchr., Leipzig 1903.
Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB., Berlin 1899.
Landsberg, Das Recht des BGB., Berlin 1904.
Leske, Vergleich. Darst. des BGB. u. d. preuß. L.-R., 1. u. 2. Aufl. 1900.

Licht, Die Ansprüche des Vermächtnisnehmers, Diss. Breslau 1899.
Madihn (Justus Alb. Heermann), De jure protimiseos eiusque a jure retractus discrimine, Jena 1758.
Maenner, Recht der Grundstücke nach BGB., München 1899.
Matthias, Lehrbuch des Bürg. R. I. u. II., 3. Aufl., Berlin 1900.
Meisner, Sachenrecht des BGB., III. Bd., Breslau 1901.
Motive z. BGB., Bd. II u. III.
Neubauer, Zusammenstellg. des in Deutschl. gelt. R., Berl. 1880.
Neumann, Handausg. des BGB., Berl. 1900.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl., Berl. 1904.
Oertmann, Das Recht der Schuldv., Berlin 1899.
Pieper, Die dingl. Wirkung des Vermächtnisses, Diss., Erlangen 1899.
Planck, Comment. z. BGB., Bd. II u. III, 3. Aufl., Berlin 1907.
Protokolle z. Entw. v. BGB., II. u. III.
Reinhard, Das Zwangsverst.-Ges., Leipzig 1902.
RGE = Reichsgerichtsentsch., Bd. 10, 16, 59, 60, 67.
RJO = Entsch. in Angel. der freiw. Gerichtsb. u. d. Grdb.-R.
von Roth, Syst. d. deutsch. Pr.-R., Bd. 3, Tübingen 1886.
Scherer, Die Gesetzgebung des deutsch. R., Erlangen 1899.
Schollmeyer, Das Recht d. einz. Schuldverh., 2. Aufl., Berl. 1904.
Schröder, Lehrb. d. deutsch. Rechtsgesch., 4. Aufl. 1902.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, München 1904.
Seufferts Archiv X u. XV.
Staudinger, Comment. z. BGB. II u. III, 3/4. Aufl.
Stobbe-Lehmann, Handb. d. d. Priv.-R., Bd. II 1, 3. Aufl.
Strecker, Die allg. Vorschr. d. BGB. über Rechte an Grundst., Berlin 1898.
Striethorst's Archiv, Bd. 94.
Strohal, Kommt d. Vorgemerkt. d. öff. Glaube d. Grundb. zu statten? Festrede, Leipzig, 13. V. 1904.
Thiele, Das Anwendgsgeb. des § 313 Abs. 1 BGB. in Zeitschr. des deutschen Notarv. 2. 1902.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, Paderborn 1900.
Verhandlungen des 19. deutsch. Juristent. 1888, Bd. II.
Walch, Das Näherrecht, Jena 1795.
Wangemann, Die rechtl. Natur des Vork.- u. Wiederk.-Rechts, Diss., Rostock 1900.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des BGB., Berlin 1904.
Windscheid, Lehrbuch des Pand.-R., Bd. II, 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern No. 9.
Zeitschrift für Schweizer Recht, Bd. 32.

Entwicklung des Vorkaufsrechtes in Deutschland.

Die Geschichte des Vorkaufsrechtes unseres bürgerlichen Gesetzbuches ist, wenn man das altgermanische Beispruchsrecht[1]) als Wurzel desselben betrachtet, fast so alt wie das Sondereigentum unserer Vorfahren an Grund und Boden. Viele Jahrhunderte hindurch, nachdem sich bei den Germanen das Institut des Sondereigentums gebildet hatte, war dasselbe ganz bedeutenden gewohnheitsrechtlichen bezw. gesetzlichen Einschränkungen unterworfen,[2]) die sich insbesondere als Recht zum Einspruch gegen Veräußerungen und Belastungen der Grundstücke geltend machten. Aus dem am Grundbesitze bestehenden Gesamteigentum der Familienmitglieder entwickelte sich das sogenannte Beispruchsrecht derselben, welches sich anfangs auf das gesamte „Eigen", seit dem 13. Jahrhunderte aber nur auf das „Erbeigen", d. h. das durch Erbgang erworbene Gut erstreckte, während die sogenannten „bona mercatoria", d. i. das, was der jetzige Inhaber selbst, nicht durch Erbgang, erworben hatte, der freien Verfügung des Eigentümers überlassen blieb. Da das Beispruchsrecht den Eigentümer nicht selten in die schwierigste Situation brachte, war ihm im Falle der „echten Not" die Veräußerung gestattet. Aber das Beispruchsrecht hatte in einem derartigen Falle für den Erben eine Nachwirkung insoferne, als demselben vom Gesetze ein sogenanntes Losungs-, Zug- oder Retraktrecht gewährt wurde. Dieses bestand darin, daß er gegen Zahlung des Kaufpreises das Vorkaufsrecht am Grundstücke hatte.

Mit der abnehmenden Bedeutung des Eigentums als Gesamtgut der Familie verlor sich jedoch das Beispruchsrecht in seiner ursprünglichen Gestalt. Es machte dem Retrakt Platz.

---

[1]) Ein Vorkaufsrecht gab es nach Walch, das Näherrecht, § 1, bereits bei den Juden. Nach einigen Gelehrten soll das Näherrecht von den Juden auf die Griechen sich fortgepflanzt haben, was aber Walch, § 2, bestreitet.

[2]) Heusler, Instit. d. deutsch. Priv.-R. II. Bd. § 89, meint: „Streng genommen ist aber von einer Beschränkung des Sondereigentums nicht zu reden, denn dasselbe stellt sich dar als Ausfluß der Mitberechtigung der Familienangehörigen am Hausvermögen".

Es schrumpfte, um mit von Amira[3]) zu sprechen, zu einem Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Preis oder gar zu einem bloßen Einstands- oder Retraktrecht zusammen.

Allein das deutsche Recht schützte, wie Stobbe-Lehmann[4]) sagt, nicht bloß die Interessen der Familie, sondern auch anderer Kreise durch Veräußerungsbeschränkungen. Durch die romanistische Jurisprudenz wurden diese Kreise vermehrt und von den deutschen Juristen in die Particulargesetzgebung aufgenommen. Gemeinrechtliche Geltung aber konnte sich aus dieser Unzahl von Retrakten nur der Lehensretrakt erringen. Schließlich gab es eine solche Menge[5]) von gesetzlichen Näherrechten, daß dieselben für das Wirtschaftsleben geradezu stagnierend und schädlich wirkten. Man ging daher damit um, die Zahl derselben zu vermindern, und seit dem 18. Jahrhundert, insbesondere im vergangenen Jahrhundert, suchte man das Retraktrecht ganz zu beseitigen. In Bayern hob das Gesetz vom 10. November 1861 das gesetzliche Näherrecht außer denen aus der Gemeinschaft auf.

Diesem gesetzlichen Retraktrecht, das sich regelmäßig auf unbewegliche Sachen bezog, wird nun von weitaus den meisten Schriftstellern Dinglichkeit beigelegt.[6]) Allerdings erklären manche Aeltere die Klage des Retrahenten für eine persönliche.

---

[3]) Von Amira, Grundriß des germ. Rechts, § 62.

[4]) Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Priv.-R. Bd. II, 1 § 118.

[5]) Nach Stobbe-Lehmann Bd. II, 1 § 120 waren die wichtigsten Retrakte:

1. Erblosung (retractus gentilicius, consanguinitatis).
2. Marklosung (retractus ex jure incolatus).
3. Nachbarlosung (retractus ex jure vicinitatis).
4. Teillosung oder Gespilderecht (retractus ex jure congruitatis).
5. Ganerbenrecht (d. i. der Retrakt aus dem Miteigentum) retractus ex jure condominii.
6. Retrakt des Grundherrn (retr. ex jure dominii directi).
   „Die gemeinrechtl. Geltung des jus protimiseos bei der Emphyteuse trug dazu bei, den Retrakt des Gutsherrn zu befestigen und zu verbreiten. Mit Beseitigung des sog. geteilten Eigentums (dominium directum und indirectum) hat er seine Geltung verloren. In Bayern wurde er 1808 und 1818 abgeschafft."
7. Der Retrakt des Lehensherrn und d. Agnaten (retractus feudalis).
8. Der Retrakt des Expropriierten, falls die Expropriation illusorisch geworden ist.

[6]) Renaud, Duncker, Beseler, Bluntschli, Mittermaier, Eccius, Hasenöhrl, Dernburg, Cosack, Kindel, Stobbe-Lehmann, Roth, Gierke, Gerber-Cosack stehen alle auf diesem Standpunkt. — Heusler Bd. II § 90: „Das Retraktrecht ist ein dingl. Recht und die Retraktklage eine dingl. Klage."

Gierke sagt: „Die Zugehörigkeit der Näherrechte zu den dinglichen Rechten ergibt sich aus ihrer Geschichte. Unter der Herrschaft des römischen Rechts mußten die Näherrechte, da sie sich in den Rahmen der jura in re aliena nicht einfügen ließen, hart um eine Stätte im Sachenrechte kämpfen. Allein sie haben immer ihr sachenrechtliches Gepräge bewahrt und schließlich Anerkennung als eine besondere Klasse der dinglichen Rechte errungen. So hat auch in der Theorie der alte Streit über die Natur der Näherrechte mit dem Siege der sachenrechtlichen Auffassung geendet."

Neben diesem gesetzlichen dinglichen Näherrechte gab es auch ein gewillkürtes Näherrecht, dessen rechtsgeschäftliche Begründung im Mittelalter in der Weise erfolgte, daß der Uebereignung oder Verleihung eines Grundstückes ein Gedinge eingefügt wurde, kraft dessen dem Veräußerer oder einem Dritten ein Vorkaufsrecht zustehen sollte. Dasselbe stellte sich als ein gegen jedermann wirkendes dingliches Recht dar.

Aber infolge der Rezeption des römischen Rechtes, welches nur zwei Fälle[7]) des gesetzlichen und zwar persönlichen Vorkaufsrechtes kannte, nämlich das Vorkaufsrecht des Eigentümers des emphyteutischen Grundstückes und das der Gläubiger und Verwandten im Konkurse, verlor das vertragsmäßige Vorkaufsrecht seine dingliche Wirkung und wurde zu einem obligatorischen Vorkaufsrechte herabgedrückt. Nur das bayrische[8]) und württembergische[9]) Landrecht blieben auf dem alten Standpunkt stehen, indem sie auch dem vertragsmäßigen Retrakt dingliche Wirksamkeit beilegten. So sagt das „bayrische Landesrecht" in § 17 des 5. Kapitels: „Wird das Einstandrecht nur durch besonderes Geding oder letzten Willen eingeräumt, so kann hieraus, weil dergleichen Pacta und Dispositiones die Sache selbst affizieren, auch ein dritter Inhaber belangt werden." Ja, es setzt die Wirkungen des vertragsmäßigen Vorkaufsrechtes sogar noch über die des gesetzlichen, indem es weiterfährt: „Es ist retractus conventionalis stärker als legalis mit Ausnahme des Grund-

[7]) Manche Rechtslehrer, insbesondere der älteren Zeit, haben eine Anzahl anderer Fälle als gesetzliche Vorkaufsrechte bezeichnet; näheres hierüber Jäger, Diss., § 2.

[8]) Bayr. Landesrecht IV, 5. 17. Nr. 4.

[9]) Württemb. Landesrecht II, 16.

herrlichen — und geht mithin demselben in concursu vor, wenn anders das Geding oder der letzte Wille von einer Giltigkeit und annebens Retrahent des Gutes, worauf er einstehen will, fähig ist."

Beide Rechte nun, vertragsmäßiges Vorkaufsrecht und Retrakt, wurden dann in der Folge regelmäßig so miteinander verquickt, daß man daraus einen neuen Begriff unter dem Namen des retractus conventionalis bildete. Eine derartige Vermengung, wozu die frühere Jurisprudenz und Gesetzgebung fast gleichmäßig beitrugen, war aber insoferne erklärlich, als beide Rechte inbezug auf Geltendmachung des Anspruchs auf die Verpflichtungen etc. sehr viele Berührungspunkte hatten.[10])

Dieser Retractus conventionalis erzeugte nach gemeinem Rechte nur Rechte gegen den andern Vertragsteil. Allmählich rang sich dann auch die Meinung durch, daß durch Vertrag ein gegen Dritte wirksames Näherrecht nicht begründet werden könne. Schließlich indentifizierte man vertragsmäßiges Vorkaufsrecht, welches auch jus protimiseos hieß, mit persönlichem und Retrakt mit dinglichem Vorkaufsrecht. In den Particularrechten jedoch konnte das persönliche Vorkaufsrecht, als das Publizitätsprinzip der Hypotheken-, bezw. Grundbücher wieder zur Geltung kam, durch Eintragung in ein dingliches verwandelt werden.

In dieser Gestalt finden wir das Vorkaufsrecht im „Allgemeinen Landrecht" für die „Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794". Nach § 569 des A. L. R. ist da ein durch Vertrag oder letztwillige Verordnung bestelltes Vorkaufsrecht in der Regel nur ein persönliches Recht, wodurch nur der gegenwärtige Eigentümer und dessen Erben verpflichtet werden. Die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes, sagt dann § 570, erlangt dasselbe bei unbeweglichen Sachen erst durch die Eintragung in das Hypothekenbuch. Was das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen betrifft, so setzt § 572 des A. L. R. (womit die Bestimmungen unseres B. G.-B. übereinstimmen) fest: „Auf bewegliche Sachen kann ein Vorkaufsrecht, in der Eigenschaft eines dinglichen Rechtes, durch Vertrag oder letztwillige Verordnung gar nicht bestellt werden.

In Bezug auf das gesetzliche Vorkaufsrecht stellt das P. A. L. R. das eingetragene Vorkaufsrecht und jenes in ihren Wirkungen gleich. Dieselben sind die eines dinglichen Rechtes.

---

[10]) Walch, § 6.

Hat das A. L. R. das Institut des Vorkaufsrechtes ohnehin mit entschiedener Ungunst behandelt, so ließ das preußische Edikt vom 9. Oktober 1807 das gesetzliche Näherrecht nur bei Lehensobereigentümern, Erbzinsherrn, Erbverpächtern und Miteigentümern bestehen. Und schließlich hob das preußische Gesetz vom 2. März 1850 alle gesetzlichen Vorkaufsrechte, Näherrechte und Retraktrechte an Immobilien auf mit Ausnahme des aus dem Eigentum zu ideellen Teilen entspringenden Retrakts und des Falls, wenn expropriierte Grundstücke ganz oder teilweise wieder veräußert werden sollten.

Als man damit umging, für die deutschen Bundesstaaten und Elsaß-Lothringen ein allgemein giltiges bürgerliches Recht zu schaffen, waren die gesetzlichen Näherrechte in Deutschland bis auf einen geringen Ueberrest abgeschafft. Man hob sie auf, wie schon erwähnt, weil man ihnen eine schädliche Wirkung zugeschrieben hat und zwar schädlich nicht in ihrem Ursprung, sondern in ihrem Inhalte. Das „Bürgerl. Gesetzbuch" hat nun mit den gesetzlichen Vorkaufsrechten bis auf einen einzigen Fall, nämlich dem Vorkaufsrecht der Miterben, aufgeräumt und im Anschluß an das „Preußische Allgemeine Landrecht" ein dingliches und obligatorisches Vorkaufsrecht festgelegt, jedes aber einzeln selbständig geregelt, um eine Verwirrung durch Verbindung der beiden Institute, wie das im A. L. R. der Fall war, hintanzuhalten.

Der Landesgesetzgebung sind im Einführungsgesetz zum B. G. B. einige gesetzliche Vorkaufsrechte vorbehalten worden.

Die Begründung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Dadurch, daß das B. G. B. für die Begründung des dinglichen sowohl, wie des obligatorischen Vorkaufsrechtes keine speziellen Vorschriften erläßt, ist ein gemeinsamer Entstehungsgrund für beide Vorkaufsrechte gegeben. Diese Begründungsart bildet das Rechtsgeschäft. Andere Entstehungsgründe für diese beiden Arten des Vorkaufsrechtes sind reichsgesetzlich ausgeschlossen. Wohl gibt es noch ein sogenanntes gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben, der einzige Fall eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes nach Reichsrecht. Dies stellt sich aber weder als ein obligatorisches, noch als ein rein dingliches dar, sondern als ein gesetzliches Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung.[1]) Dasselbe scheidet demnach von dieser Darstellung aus.

Das Rechtsgeschäft, welches also die Quelle der beiden Vorkaufsrechte bildet, kann ein solches unter Lebenden[2]) oder ein Vermächtnis sein. Die regelmäßige Begründung beider Vorkaufsrechte ist die durch Vertrag. Aber auch ein einseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden kann zur Entstehung eines Vorkaufsrechtes führen.[4]) Katz[5]) nennt als solche Begründungsart die Auslobung. Sie allein begründet jedoch das Vorkaufsrecht noch nicht. Durch dieselbe entsteht vielmehr nur ein obligatorischer Anspruch, ganz gleich, ob es sich um ein dingliches oder obligatorisches Vorkaufsrecht handelt, desjenigen, der die in der Auslobung vorgenannte Handlung vorgenommen hat. Und zwar geht dieser Anspruch auf Einräumung des Vorkaufsrechtes seitens des Auslobenden.

---

[1]) Immerwahr, S. 289. — Enneccerus-Lehmann, § 295. — Windscheid III, S. 541. — Kuhlenbeck III, S. 417. — Planck, Comm. ad § 2034. — Staudinger, Comm. gem. Vorm. Nr. 2. Endemann B. G.-B. III, § 110, Anm. 8.

[2]) Mot. II, S. 345.

[3]) Mot. II, S. 345.

[4]) Mot. II, S. 345.

[5]) Katz, Diss., S. 35.

Wird ein Vorkaufsrecht durch Vertrag begründet, so ist es gleichgültig, ob dieser ein Hauptvertrag oder ein Nebenvertrag ist. Dingliches, wie obligatorisches Vorkaufsrecht kann demnach auch neben einem Tausch-, Miet-, Pacht- etc. Vertrag auftreten[6]) und zwar zu Gunsten des einen Vertragschließenden oder eines Dritten,[7]) was bei Begründung durch selbständigen Vertrag zutrifft.

Die Entstehung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes durch Vermächtnis wird allgemein anerkannt.[8]) Ob aber durch das Vermächtnis das Vorkaufsrecht unmittelbar begründet wird, oder ob nur ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung gegen den Erben entsteht, ist Streitfrage. Planck[9]) bejaht eine unmittelbare Begründung durch Vermächtnis beim obligatorischen Vorkaufsrecht im Gegensatz zur Mehrheit der 2. Kommission, die der Ansicht ist, daß durch Vermächtnis nur ein obligatorischer Anspruch des Legatars gegen den Beschwerten begründet wird.[10]) Diese Ansicht treffe hier nicht zu, sagt Planck an gleicher Stelle, da durch die Anordnung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes der Beschwerte nur obligatorisch gebunden wird, der Grundsatz des § 2174 B. G. B. daher nicht anwendbar erscheint. Ich vermag die Meinung Plancks nicht zur meinigen zu machen, denn es wird vom Gesetzgeber klipp und klar in dem § 2174 B. G. B. zum Ausdruck gebracht, daß das Vermächtnis nur einen obligatorischen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes begründet. Durch diese Bestimmung hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch in grundsätzlichen Widerspruch gesetzt zu dem früheren Recht, das nur das sogenannte Vindikationslegat kannte, also den durch Vermächtnis begründeten Rechten Dinglichkeit verlieh,[11]) und die Kommission hat, wie Planck sel-

---

[6]) Mot. III, S. 449. — Crome, S. 493. — Schollmeyer, Recht d. einz. Sch.-V. VII, 5. — Dernburg, § 2.

[7]) Mot. III, S. 449. — Jäger Ed., Diss., § 4. — Katz, Diss. § 8.

[8]) Mot. III, S. 345. — Planck II, Vorb. I. — Staudinger III, ad § 1094. — Endemann I, S. 1015. — Matthias I, S. 524. — Schollmeyer, Recht d. einz. Sch.-V. VII, 5 u. and.

[9]) Planck, Comm., Vorb. I, ad § 504.

[10]) Prot. II, S. 100.

[11]) M. Licht: Ansprüche des Vermächtnisnehmers, Diss., Breslau 1899. — Verhandlungen d. 19. Juristentages 1888, Bd. II, S. 35: „Soll die Wirkung aller Legate unter Aufhebung des legatum vindicationis nur eine oblig. sein?“ — Pieper: „Die dingl. Wirkung des Vermächtnisses nach röm. und gem. Recht“, Diss., 1899. — Dr. Kipp: „Der Parteiwille unter der Herrschaft des B. G.-B.; Rektoratsrede 1899.

ber schreibt,[12]) trotz vielfacher Angriffe der Kritik und der in der Kommission selbst bestehenden Meinungsverschiedenheiten bei zweimaliger Erörterung der Frage an dem im § 2174 B. G. B. vertretenen Standpunkt, den bereits der 1. Entwurf eingenommen, festgehalten.

Daraus geht doch hervor, daß das Gesetz dem Legatar nichts weiter als einen obligatorischen Anspruch auf den Gegenstand, und wenn es sich um ein Recht handelt, auf Begründung dieses Rechtes zugesteht. Allem Anschein nach steht Planck mit seiner Ansicht allein da. Denn auch Crome[13]) und Fuchs teilen meinen Standpunkt, und andere Autoren sprechen sich meines Wissens über diesen Fall nicht aus.[14])

Der zweite Grund, warum meiner Ansicht nach eine unmittelbare Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechts durch Vermächtnis nicht möglich ist, besteht darin, daß in den Fällen, in welchen zur Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechtes notarielle, bezw. gerichtliche Beurkundung erforderlich ist, ein Vorkaufsrecht ohne diese Form zur Entstehung gelangte. Die Wirkung des Vermächtnisses wäre also mit Bezug auf das obligatorische Vorkaufsrecht eine doppelte: in den Fällen, in denen das Vorkaufsrecht ohne Form entstehen kann, würde dieses durch Vermächtnis unmittelbar begründet werden können; in den Fällen aber, bei denen zur Entstehung eine Form erforderlich ist,[15]) würde durch Vermächtnis nur eine Verpflichtung zur Konsenserteilung gegeben sein. Daß eine solche Ungleichmäßigkeit nicht möglich ist, liegt auf der Hand. Diese unmittelbare Begründung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes durch Legat könnten am ehesten noch jene vertreten, welche nicht, wie Planck, auf dem Standpunkt der Formerfordernis für bestimmte obligatorische Vorkaufsrechte stehen, sondern jegliche Formnotwendigkeit zur Begründung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes schlechthin negieren.

---

[12]) Planck III, ad § 2174.

[13]) Crome, B. G. B., Bd. II, S. 493, Anm. 16. — Fuchs, S. 344.

[14]) Immerwahr, S. 289, hat das dingliche Vorkaufsrecht im Auge, wenn er sagt, daß die Begründung durch Vermächtnis immer nur eine Verpflichtung zur Konsenserteilung herbeiführe, dieselbe aber nicht ersetzen könne.

[15]) Das ist der Fall bei oblig. Vorkaufsrechten an Grundstücken und den ihnen gleichgestellten Rechten.

Daß durch Vermächtnis nicht unmittelbar ein dingliches Vorkaufsrecht geschaffen werden kann, sondern nur eine Verpflichtung des Erben, bezw. ein obligatorischer Anspruch des Legatars auf Einräumung eines solchen entsteht, darüber ist man sich einig.

Demnach kann durch Legat weder ein dingliches noch ein obligatorisches Vorkaufsrecht unmittelbar begründet werden, sondern es entsteht nur ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung des einen oder andern Vorkaufsrechtes.

Subjekt des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Subjekt des dinglichen, wie des obligatorischen Vorkaufsrechtes kann eine Einzelperson oder eine Mehrheit[1]) von Personen sein. Die Einzelperson wiederum kann auftreten als physische oder juristische. Handelt es sich um ein Vorkaufsrecht, das mehreren gemeinschaftlich zusteht, so ist zu beachten: Es tritt Unteilbarkeit und Consolidation ein.[2]) Auch hier sind also wieder die Grundlagen für das dingliche, wie das obligatorische Vorkaufsrecht die gleichen. Ein Gegensatz zwischen beiden Vorkaufsrechten tritt aber dann wieder hervor, wenn mehrere Vorkaufsrechte verschiedener Art konkurrieren. In diesem Falle hat natürlich das jüngere dingliche vor dem älteren persönlichen Vorkaufsrecht den Vorzug.[3]) Ferner macht sich bei der Aenderung des Subjektes der tiefgehende Unterschied des dispositiven Charakters der obligatorischen gesetzlichen Bestimmungen und des absoluten Charakters der gesetzlichen Vorschriften für dingliche Rechte auch bei dem dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechte geltend. Eine Aenderung des Subjektes ist beim dinglichen Vorkaufsrechte nur möglich, wenn ein befristetes Vorkaufsrecht die Grundlage bildet. Dies ist nämlich vererblich. Ein anderes dingliches Vorkaufsrecht ist jedoch weder vererblich noch übertragbar, eine Aenderung des Subjekts also unmöglich. Anders verhält es sich mit dem obligatorischen Vorkaufsrecht.[4]) Nach § 514 B. G. B. ist dasselbe nur dann vererblich und übertragbar, wenn die Parteien dies vereinbaren. Das moderne Recht ist hier wieder zurückgegangen auf den römisch-rechtlichen Begriff des Obligationen-

---

[1]) B. G. B. § 513.

[2]) B. G. B. § 513; vergl. Planck II, ad 502 (Wiederk.). R. G. E. Bd. 65, Nr. 94, S. 405.

[3]) Immerwahr, S. 304.

[4]) Bezügl. der Vererbbarkeit und Uebertragbarkeit nach gemeinem Recht bestand stets Meinungsverschiedenheit. Näh. Jäger, Diss., § 12. — Bezügl. des deutsch-rechtl. Retraktes siehe: Stobbe-Lehmann, Beseler, Gerber-Cosack u. and.

rechtes, wonach die Obligation ein unlösbares Verhältnis zwischen bestimmten Personen bildet, sodaß eine Zession nicht möglich war.[5]) Es hat als Regel die Unübertragbarkeit und dazu auch Unvererblichkeit des Vorkaufsrechtes statuiert im Gegensatz zu dem allgemeinen Begriff der Obligation, wonach das Schuldverhältnis als ein von den jeweiligen Subjekten unabhängiges Verhältnis sich darstellt. Vererblich ist das obligatorische Vorkaufsrecht aber auch dann, wenn es befristet ist. Hierin stimmen alle Schriftsteller überein. Der Text des Gesetzes läßt eine andere Interpretation nicht zu. Wie steht es nun mit dem dinglichen Vorkaufsrecht? Gelten hier die gleichen Vorschriften? Im ersten Moment könnte man das wohl meinen. Denn der § 1098 B. G. B. sagt, daß sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten beim dinglichen Vorkaufsrechte nach den Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht, also nach den Bestimmungen der §§ 504—514 B. G. B. regelt. Eine Anzahl von Schriftstellern[6]) läßt auch ohne weiteres die mehrfach zitierte Vorschrift des § 514 B. G. B. sowohl für das obligatorische wie für das dingliche Vorkaufsrecht gelten. Demnach wären beide Vorkaufsrechte dann vererblich und übertragbar, wenn die Parteien dies vereinbaren. Allein trotz des § 1098 und § 514 B. G. B. ist das dingliche Vorkaufsrecht niemals übertragbar. Vererblich ist es nur dann, wenn es befristet ist. Hier macht sich eben der Unterschied zwischen der absoluten Natur der sachenrechtlichen gesetzlichen Bestimmungen und des dispositiven Charakters der Bestimmungen des Obligationenrechtes geltend. Die dispositiven Vorschriften des Obligationenrechtes werden zwingendes Recht, sobald sie als Teil des Sachenrechtes auftreten[7]) und das trifft in unserm Fall zu. § 514 sagt:

---

[5]) Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae.

[6]) Planck, Comm. II, ad § 1098. — Biermann, Comm. ad § 1094. — Strecker: „Die allgem. Vorschriften d. B. G. B. über Rechte an Grundstücken", Berlin 1898. — Dernburg, B. G. B. II_2, scheint diese Ansicht zu haben, da er Gegenteiliges nicht erwähnt. — Kuhlenbeck II, § 45. — Staudinger, Comm. III, ad § 1097 und 1103. — Cosack: Anm. 10a. — Matthias II, S. 133. — Gierke: Deutsch. Priv.-R., II, § 154. — Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. I. — Fuchs: Grundbuchrecht I. — Bruck: „Einigung im Sachenrecht" scheint gleichfalls auf diesem Standpunkt zu stehen; er sagt S. 47: „Von den dinglichen Rechten sind unübertragbar regelmäßig auch das dingliche Vorkaufsrecht".

[7]) Immerwahr, S. 291.

„Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.“

Der Bedingungssatz „sofern nicht ein anderes bestimmt ist,“ kann sich zweifellos nur auf das obligatorische Vorkaufsrecht beziehen. Den Beweis dafür liefert uns der Entwurf 1. Lesung. Die Protokolle[8]) sagen wörtlich:

„Zu § 959[9]) lagen 3 Anträge auf Streichung vor. Die Streichung wurde beschlossen; man erachtete für überflüssig, den für alle dinglichen Rechte giltigen Satz, daß der Inhalt derselben nicht der freien Vereinbarung unterliege, für das dingliche Vorkaufsrecht besonders auszusprechen.“[10])

Ferner bieten vollgiltigen Beweis meiner Behauptung die Motive.[11]) Zu § 959 sagen sie, daß die Vorschrift dieses schon oben erwähnten Paragraphen eine Konsequenz des Prinzips hervorhebt, daß im Gebiete des Sachenrechts keine Vertragsfreiheit gilt. Diese Hervorhebung schien um deswillen zweckmäßig, weil für das obligatorische Vorkaufsrecht ein anderes gilt und deshalb für den Fall der Verdinglichung des Vorkaufsrechtes die Gefahr eines Irrtums nahe liegt. Diese Begrenzung der Vertragsfreiheit wird dann noch weiter eklatant zum Ausdruck gebracht in den Motiven zu § 954, Abs. 3.[12]) Hier heißt es:

„Nach § 486 ist das obligatorische Vorkaufsrecht nicht übertragbar. Dieser Satz wird durch Allegierung des § 486 in § 954 auf das dingliche Vorkaufsrecht erstreckt.“

Daß das aus dem bereits geltend gemachten dinglichen wie obligatorischen Vorkaufsrecht entsprungene Recht auf den Erben

---

8) Prot. III, S. 765.

9) Dieser lautete: „Erweiterungen des Vorkaufsrechtes über den aus den §§ 952—958 sich ergebenden Umfang hinaus sind unwirksam“.

10) Unsere Ansicht teilen: Immerwahr, S. 290. — Gierke: Der Entwurf eines B. G. B., S. 353. — Böhm, S. 137 ff. — Endemann II_1, § 111c sagt: Das dingl. Vorkaufsrecht ist auf der Passivseite vererblich, auf der Aktivseite unvererblich. — Meisner, Sachenrecht, ad § 1099, Bem. 1 a, bestreitet sogar die Vererblichkeit im Falle der Befristung. — Gierke, deutsch. Privatrecht II, § 154, sagt bezügl. des dingl. Vorkaufsrechtes: Die Befugnis zur Ausübung ist höchst pers. Natur; sie ist unübertragbar und unvererblich und darf auch nicht gebraucht werden, um die Sache für die Rechnung eines Dritten zu erwerben.

11) Mot. III, S. 460.

12) Mot. III, S. 456.

übergeht und unbeschränkt übertragbar ist, ist unbestritten, da es sich hier schon um ein Recht aus einem Kaufvertrag handelt.[13]) Die Motive heben dies noch zum Ueberflusse hervor.[14])

Die Person des Berechtigten muß sowohl beim dinglichen als auch beim obligatorischen Vorkaufsrecht bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein, was aus § 1104 B. G. B. zu entnehmen ist.[15]) Ist nun der Vorkaufsberechtigte, der früher also bekannt gewesen sein muß, durch irgend einen Umstand unbekannt geworden, so kann er mit seinem Rechte ausgeschlossen werden und zwar im Wege des Aufgebotverfahrens, wenn seit der letzten sich auf das Vorkaufsrecht beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Vorkaufsberechtigten nicht innerhalb dieser Frist vom Eigentümer einer nach § 208 B. G. B. zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist.[16]) Diese Vorschrift ist aber nur maßgebend für das dingliche Vorkaufsrecht und zwar auch nur beim subjektiv persönlichen Vorkaufsrechte. Beim subjektiv dinglichen ist das Aufgebot durch § 1104, Abs. 2, ausgeschlossen.

Wie ist nun die Sachlage beim obligatorischen Vorkaufsrechte? Ein Grundstück, das mit einem dinglichen oder einem obligatorischen Vorkaufsrechte beschwert ist, erfährt dadurch eine, wenn auch unterschiedliche Belastung. Durch § 1104 B. G. B. in Verbindung mit § 1170 B. G. B. ist nun dem Eigentümer eines mit einem subjektiv persönlichen Vorkaufsrecht belasteten Grundstückes unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit gegeben, die Belastung abzuschütteln und sein Grundstück zu einem vollwertigen zu machen. Insonderheit aber ist diese Vorschrift durch das Bedürfnis gegeben worden, um, wie die Protokolle[17]) sagen, veraltete, nicht mehr bestehende Rechte, deren Untergang in einer den Anforderungen der Grundbuchordnung entsprechenden Form nicht nachzuweisen ist, im Wege des Aufgebots zu beseitigen.

Ueber das obligatorische Vorkaufsrecht ist in dieser Beziehung keine Vorschrift gegeben, so daß beide Vorkaufsrechte hier grundsätzlich einander gegenüberstehen. Könnte jedoch das obli-

---

[13]) Immerwahr, S. 302. — Planck III, ad § 1098 u. and.
[14]) Mot. II, S. 351.
[15]) Siehe Immerwahr, S. 302. — Striethorst's Archiv, Bd. 94, S. 26.
[16]) § 1104 und § 1170 B. G. B.
[17]) Prot. II, S. 601.

gatorische Vorkaufsrecht, das vielfach bestritten wird, den Gegenstand einer Vormerkung gemäß § 883, Abs. 1, B. G. B. bilden, so würden beide Vorkaufsrechte auch hierin wieder übereinstimmen. Denn dann käme auf das mit einem obligatorischen Vorkaufsrecht belastete Grundstück der § 887 B. G. B. in Anwendung, nach welchem ebenso, wie nach § 1104 B. G. B. das Aufgebotsverfahren zur Ausschließung des Vorkaufsrechtes stattfinden würde, sofern die Voraussetzungen des § 1170 B. G. B. gegeben sind. Ich habe mich, wie aus den späteren Ausführungen ersichtlich ist, auf den Standpunkt gestellt, daß auch das obligatorische Vorkaufsrecht den Gegenstand einer Vormerkung bilden kann.

Objekt des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Aus den Bestimmungen des B. G. B.[1]) geht hervor, daß Objekt des obligatorischen Vorkaufsrechtes jeder Gegenstand sein kann. Demnach ist die Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechtes in Erklärung des juristischen Begriffes „Gegenstand“ möglich sowohl an Sachen wie auch an Rechten und, in weiterer Definition des juristischen Begriffes „Sache“, an beweglichen und unbeweglichen Sachen.

Objekt des dinglichen Vorkaufsrechtes kann jedoch nach den Bestimmungen des B. G. B.[2]) nur ein Grundstück oder ein demselben gleich gestelltes Recht z. B. Erbbaurecht sein. Außerdem sind aber noch eine Anzahl landesrechtlicher Vorkaufsrechte möglich und zwar bei Instituten, deren Regelung den Landesgesetzen überlassen ist.[3]) Beide Vorkaufsrechte haben also gemeinsam, daß ein Grundstück Objekt sowohl des dinglichen wie des obligatorischen Vorkaufsrechtes zu bilden vermag. Doch auch hierin zeigt sich, abgesehen von der ganz ungleichen Wirkung beider Vorkaufsrechte, ein gewisser Unterschied insoferne, als das dingliche Vorkaufsrecht auftreten kann als ein subjektiv persönliches, also zu Gunsten einer bestimmten Person, wie auch als subjektiv dingliches, zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes, während bei obligatorischen Vorkaufsrechten diese Erweiterung ausgeschlossen ist.[4]) Eine Umwandlung des subjektiv dinglichen Vorkaufsrechtes in ein subjektiv persönliches und umgekehrt ist übrigens nicht gestattet.[5]) Bezüglich des subjektiv dinglichen Vorkaufsrechtes sagen die Motive,[6]) die Erweiterung betreffe nicht den Inhalt der Obligation,

---

[1]) B. G. B. § 504.

[2]) B. G. B. § 1094.

[3]) B. G. B. § 1017. — (Planck III, ad § 1094. — Immerwahr, S. 310, u. and.). — E. G. z. B. G.-B., Art. 58, 59, 62, 63, 67, 109; siehe auch bayr. A. G. zu der G. B. O., Art. 17.

[4]) Immerwahr, S. 302.

[5]) B. G. B. § 1103.

[6]) Mot. III, S. 452.

sondern die dingliche Seite des Vorkaufsrechtes, nämlich den Uebergang der passiven Seite der Obligation auf jeden neuen Eigentümer des Grundstückes.

Was den Inhalt des an einem Grundstück bestehenden dinglichen bezw. obligatorischen Vorkaufsrechtes betrifft, so statuiert das B. G. B.[7]) in der Bestimmung, daß sich das dingliche Vorkaufsrecht im Zweifel auf das Zubehör erstreckt, für das dingliche Vorkaufsrecht noch besonders, was sich gemäß § 314 B. G. B. für das obligatorische Vorkaufsrecht von selbst ergibt. Daß diese Bestimmung, welche wieder einen Berührungspunkt für beide Arten der Vorkaufsrechte darstellt, notwendig war, ergibt sich aus der Natur des Zubehörs und der gesetzlichen Vorschrift, daß ein dingliches Vorkaufsrecht nur an unbeweglichen Sachen möglich ist; die allgemeine Regel des § 314 konnte nicht ohne weiteres auch auf dingliche Rechte bezogen werden. Diese Ansicht ist auch in den Protokollen[8]) zum Ausdruck gebracht: „Der Antrag 2", heißt es da, „beruhte dagegen auf der Meinung, es müsse besonders ausgesprochen sein, daß ein dingliches Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen insoweit zulässig sei, als dieselben das Zubehör des zu belastenden Grundstücks bildeten."

Selbstredend kann die Abhängigkeit des Zubehörs in Bezug auf das Vorkaufsrecht nicht so weit gehen, daß Zubehör selbstständiges Objekt des Vorkaufsrechtes bildet. Ebenso kann die Abhängigkeit keine so große sein, daß bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung der Verkauf eines Zubehörstückes ohne Mitteilung an den Berechtigten untersagt sei.[9]) Es würde eine derartige Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen geradezu stagnierend wirken auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen. Andererseits würde eine Wertminderung des mit einem Vorkaufsrechte belasteten Grundstückes durch ordnungswidrigen Verkauf von Zubehörstücken den Verpflichteten zum Schadenersatz verpflichten.

Auf eine Vereinbarung, daß sich das Vorkaufsrecht auf das Zubehör erstrecken soll, finden bezüglich des Eigentumsüber-

---

[7]) B. G. B. § 1096.
[8]) Prot. III, S. 761.
[9]) Turnau-Förster, ad § 1096. — Fuchs, Grundbuchrecht ad § 1096. — Immerwahr, S. 313.

gangs der einzelnen Zubehörstücke die einschlägigen Paragraphen des B. G.-B. Anwendung.[10])

Die Frage einer Eintragung dieser Vereinbarung ins Grundbuch ist beim obligatorischen Vorkaufsrecht ohnedies gegenstandslos, beim dinglichen hingegen bestritten.[11])

Während also durch die Bestimmung des § 1096 B. G. B. bezüglich der Ausdehnung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes auf das Zubehör gleiche Grundlage für beide Vorkaufsrechte geschaffen ist, statuiert die weitere Bestimmung des B. G. B., daß ein Bruchteil eines Grundstückes mit einem dinglichen Vorkaufsrechte nur belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht,[12]) einen großen Unterschied zwischen beiden Vorkaufsrechten. Denn die Begründung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes ist sowohl an einem idealen wie auch realen Teile eines Grundstücks bezw. einer Sache möglich, das dingliche Vorkaufsrecht dagegen kann zwar auch an einem realen Teile eines Grundstückes bestellt werden, an einem ideellen Teile nur dann, wenn dieser Bruchteil eine Miteigentumsquote darstellt.[13]) Es soll das nach den Motiven[14]) als Ersatz für ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miteigentümer gelten. Ein-

---

[10]) B G. B. § 926; §§ 932—936; — siehe auch Planck III, ad § 1096. — Immerwahr, S. 314; — Staudinger III, ad § 1096. — Fuchs, ad § 1096.

[11]) Planck III, ad § 1096 u. Staudinger III, ad § 1096: sind der Ansicht, daß eine Eintragung nicht einmal zulässig ist. — Oberneck, Bd. I, Reichsgrundbuchrecht, hat gegenteilige Meinung. — Crome III, § 445 sagt: „Der Einschluß des Zubehörs bedarf neben der grundbuchmäßigen Eintragung des Vorkaufsrechts keiner besonderen Form.“

[12]) B. G. B. § 1095. — Bayr. Dienstanweisung für Grundbuchämter: Nach § 381 in Verbindung mit § 254 dieser Dienstanweisung kann die Eintragung einer Vereinbarung über den Einschluß des Zubehörs durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden, wenn man eine derartige Vereinbarung als eine zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts dienende Angabe auffaßt. Diese Auffassung scheint mir insoferne richtig zu sein, als ja die Grundlage des dingl. Vorkaufsrechtes das obligatorische Vorkaufsr. bildet und nach § 314 B. G. B. der Einschluß des Zubehörs ohne Weiteres gegeben ist. § 383 der Dienstanweis., den jedenfalls Crome im Auge hat, kommt also meines Erachtens nicht in Frage. Ebensowenig trifft die Ansicht Plancks und Staudingers zu, da nach den gegebenen Ausführungen eine Eintragung wohl zulässig, aber nicht notwendig ist. Oberneck scheint mit mir diese Meinung zu teilen. B. G. B., § 1095.

[13]) Planck III, ad § 1095. — Turnau-Förster, Bd. I, ad § 1095. — Immerwahr, S. 311. — Matthias, Bd. II, S. 133. — Endemann, Bd. II_1 § 111. — Crome, Bd. III, § 445. — Dernburg, Bd. II 2, § 197.

[14]) Mot. III, S. 454.

schlägig sind hier natürlich die gesetzlichen Bestimmungen über die Gemeinschaft.[15]) Demnach ist die Belastung eines Bruchteiles eines Grundstückes, das im Alleineigentum oder im ungeteilten Eigentum mehrerer, im sog. Gesamteigentum, steht, ausgeschlossen. „Es ist das", wie Immerwahr[16]) sich ausdrückt, „die Konsequenz eines für das ganze Sachenrecht maßgebenden Prinzips des B. G. B., die mit dem gleichen Wortlaut auch für andere Rechte wiederkehrt."[17]) Wenn nun auch eine idielle Quotenbelastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Vorkaufsrecht der Regel nach nicht gestattet ist, so kann nicht bloß theoretisch,[18]) sondern auch praktisch[19]) eine solche Bruchteilsbelastung wohl durchgeführt werden. Es ist allerdings notwendig, um den Ordnungsvorschriften der Grundbuchordnung zu genügen, daß der betreffende Bruchteil nach vorheriger Abschreibung als selbstständiger Flächenteil ein eigenes Grundbuchblatt erhält oder ein gemeinschaftliches Blatt für ihn und den Rest des Grundstücks angelegt wird.[20]) Planck und andere[21]) gehen sogar soweit, daß sie sagen: „Es dürfe nichts im Wege stehen, ein Grundstück mit einem Vorkaufsrecht auch in der Weise zu belasten, daß das ganze Grundstück haftet, das Vorkaufsrecht aber nur dann ausgeübt werden kann, wenn ein gewisser Teil des Grundstücks abverkauft wird. Der Fall liegt geradeso, wie wenn die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist." Das Oberlandesgericht Dresden hat sich in einer Entscheidung vom 23. April 1901[22]) auf den eben angeführten Standpunkt gestellt und sagt: „Der Eintragung dieser Belastung steht der § 6 der Grundbuchordnung nicht im Wege. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Bestellung einer auf einen bestimmten Grundstücksteil beschränkten Wegegerechtigkeit. Mit einer solchen Dienstbarkeit kann nicht bloß der bestimmte Grundstücks-

---

[15]) B. G. B. § 741 ff; vergl. auch § 1008.

[16]) Immerwahr, S. 312. — Planck III, ad § 1114.

[17]) B. G. B. §§ 1106, 1114, 1192, 1199; ausgenommen von dieser allg. Regel ist der Nießbrauch.

[18]) Immerwahr, S. 312.

[19]) Planck, ad § 1095. — Endemann II 1, § 111.

[20]) Turnau-Förster, ad § 1095. — Planck, ad § 1095. — Immerwahr, S. 312. — Leske, Bd. I, § 131.

[21]) Planck, ad § 1095_3. — Crome III, § 445. — Gierke: Deutsches Privatrecht II, § 154. — Biermann, ad § 1095.

[22]) R. I. A. II, S. 104 ff.

teil, sondern auch das ganze Grundstück belastet werden." „Andererseits", heißt es in der Entscheidung weiter, „hindert auch eine das ganze Grundstück belastende Dienstbarkeit den Eigentümer nicht, solche Teile des Grundstücks, die von der Ausübung der Dienstbarkeit nicht betroffen werden, ohne Zustimmung des Berechtigten frei von der Last zu veräußern, §§ 1026 1090 B. G. B. Das Gleiche hat zu gelten, wenn ein Grundstück mit einem auf einzelne Grundstücksteile beschränkten Vorkaufsrechte belastet ist." Damit wäre die im § 1095 B. G. B. festgesetzte Beschränkung für das dingliche Vorkaufsrecht umgangen. Doch dürfte unseres Erachtens eine derartige Bruchteilsbelastung mit der Haftung des ganzen Grundstücks in der Praxis sehr selten vorkommen, da eine solche Belastung sich in der Regel als ungemein lästig erweisen wird.

Eine weitere Uebereinstimmung zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Vorkaufsrecht ist bezüglich der Ausübungsfrist durch § 510_2 B. G. B. insofern herbeigeführt, als zur Ausübung des Vorkaufsrechts bei Grundstücken eine gemeinsame regelmäßige Frist von zwei Monaten festgesetzt ist, die allerdings nur beim dinglichen Vorkaufsrecht zu einer absoluten wird, während sie beim obligatorischen Vorkaufsrecht durch Parteivereinbarung verkürzt oder verlängert werden kann. Entsprechend den verschiedentlich möglichen Objekten des obligatorischen Vorkaufsrechtes ist noch im genannten Paragraphen für dieses bei beweglichen Sachen als Regel eine Ausübungsfrist von einer Woche festgesetzt. Planck[23]) nimmt nun entgegen unserer Ansicht für beide Vorkaufsrechte eine gemeinsame Grundlage an, indem er auch beim dinglichen eine Abänderung der Ausübungsfrist der Vereinbarung der Parteien überläßt. Allerdings bedürfe eine solche Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch. Die letztere Behauptung wäre richtig, wenn der Vordersatz feststünde. Es ist nämlich dagegen das Gleiche zu sagen, was früher gegen die Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes ins Feld geführt wurde. Die gesetzlichen Bestimmungen über das obligatorische Vorkaufsrecht

---

[23]) Planck III, ad § 1098 g; — Crome III, § 445, Anm. 78. — Cosak II, § 248. — v. Buchka, § 31. — Gierke II, § 154. — Biermann, ad § 1098.

sind dispositiver Natur, sie werden jedoch, sobald sie als Teil des Sachenrechtes auftreten, zwingendes Recht.[24]) Demnach ist die Ausübungsfrist für das dingliche Vorkaufsrecht eine unwandelbare.[25]).

---

[24]) Immerwahr, S. 291. — Fuchs, Grundbuchrecht, sagt: „Die §§ 504—514 sind für das bloß obligatorische Recht Dispositives, ergänzendes Recht, für das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten beim dingl. Vorkaufsr. zwingende Normen. — Staudinger, ad § 1098, 1a. — Leske, B. G. B., Bd. I, § 130.

[25]) Endemann, B. G. B. II 1, § 111 e, steht anscheinend auf dem gleichen Standpunkt, daß die Ausübungsfrist von 2 Monaten eine unabänderliche ist. — Meisner, Comm., S. 201, teilt unsere Ansicht z. Teil, indem er mit Verweisung auf die Unzulässigkeit der rechtsgeschäftl. Erweiterungen des dinglichen Vorkaufsrechts über die Vorschriften des Obligat.-Rechts hinaus sagt, daß diese Frist von 2 Monaten wohl verkürzt, aber nicht verlängert werden könne.

Voraussetzungen zur Ausübung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Die erste Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufsrechtes, welche für beide Vorkaufsrechte die gleiche ist, besteht darin, daß über den Gegenstand des Rechtes zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ein Kaufvertrag zustande gekommen ist.[1] Auf Grund dieser Bestimmung und auf Grund der Darlegungen in den Motiven[2] stellen sich weitaus die meisten Schriftsteller auf den Standpunkt, daß das Vorkaufsrecht nur dann ausgeübt werden kann, wenn ein wirklicher Kaufvertrag abgeschlossen worden ist. Ein Tausch- oder Schenkungsvertrag, Hingabe an Zahlungsstatt, oder ein anderer auf entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung gerichteter Vertrag könne demnach nicht die Grundlage zur Ausübung des Vorkaufsrechtes bilden.[3] In Gegensatz zu dieser fast allgemein vertretenen Ansicht stellt sich Kuhlenbeck,[4] indem er auch den Tausch als Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufsrechtes gelten läßt. Er motiviert das mit der Möglichkeit, daß jedes Vorkaufsrecht im andern Falle gegen Treu und Glauben vom Verpflichteten umgangen werden könne. Im übrigen habe im Falle des Tausches der Verpflichtete dem Berechtigten den Gegenstand zu einem Kaufpreis zu überlassen, der durch die Schätzung des Wertes der ihm vom andern Tauschkontrahenten versprochenen Sache zu ermitteln sei. Dann führt Kuhlenbeck als Analogie den § 507 B. G.-B. an:

---

[1]) B. G. B. § 504, bezw. § 1098.

[2]) Mot. II, S. 345: Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist bedingt dadurch, daß mit dem Dritten ein Kaufvertrag abgeschlossen ist.

[3]) Immerwahr, S. 316. — Planck, ad §§ 504 u. 1098. — Staudinger, ad § 504. — Enneccerus-Lehmann I, § 253. — Endemann I, § 162. — Matthias I, § 110: „Es muß ein Kaufvertrag, kein Tausch- oder Schenkungsvertrag geschlossen sein." — Crome I, § 288. — Dernburg II 2, § 196: „Nur im Falle des Verkaufs erwächst das Vorkaufsrecht, andere entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerungsverträge bringen es nicht zur Reife." — Oertmann, ad § 504. — Windscheid-Kipp II, § 388. — Gierke, § 154. — R. G. E., Bd. 60, S. 233.

[4]) Kuhlenbeck II, § 41. — Ebenso Katz, Diss., § 10, dessen Begründungen aber sehr zu wünschen übrig lassen.

> „Hat sich der Dritte in dem Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außer stande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten.“

und kommt zu dem Schlusse, daß das, was bei einer Nebenleistung möglich ist, doch bei der Hauptleistung nicht unmöglich sein dürfe. Ich schließe mich ganz der Meinung Kuhlenbeck's an und füge hinzu: Der Zweck des Vorkaufsrechtes ist, wie die Motive[5]) ausdrücklich erklären, nicht der, dem Berechtigten eine wertvolle Leistung zu verschaffen, sondern der, und das wird von vielen übersehen, zu verhüten, daß das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück in andere Hände gelange. Läßt man den Tausch als geeignete Grundlage zur Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht gelten, so ist es ein Leichtes, sich seiner Verpflichtung zu entziehen. Der Großgrundbesitzer, der seinen Arbeitern Land zur Ansiedelung — vielleicht um geringen Preis — überläßt, behält sich das Vorkaufsrecht vor. Die Arbeiter vertauschen ihre Güter, welche im wesentlichen wohl gleichen Wert haben werden; das Vorkaufsrecht des Berechtigten ist illusorisch, sein wirklicher Schaden Null oder wenigstens ganz gering, und daher die Ansiedler vor Weiterungen geschützt. Daraus geht doch hervor, daß es nicht im Sinne des Gesetzes sein kann, den Tausch als nicht geeignet zur Ausübung des Vorkaufsrechtes zu behandeln. Im gemeinen Recht und in den Partikulargesetzgebungen herrschte große Meinungsverschiedenheit[6]) über diese Frage.

Daß auch ein Teilverkauf Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufsrechtes bilden kann, darüber besteht kein Zweifel.[7]) Die Motive sagen: Das Vorkaufsrecht kann zweifellos auch ausgeübt werden, wenn nur ein Teil des demselben unterliegenden Gegenstandes verkauft wird.

---

[5]) Mot. III, S. 448/9. — Siehe auch Oertmann, ad § 504.

[6]) Jaeger, Diss., § 7, das A. L. R. stellt dem Kaufe nur die Hingabe an Zahlungsstatt gleich. § 576, I, 20 A. L. R. — B. L. R. IV, 5, § 9, No. 1: „Der Einstand ist nur in Käufen allein zulässig, folglich sind alle andern Handlungen, z. B. Tausch, Cession, Uebergabe, Schenkung, Vermächtnis etc. ausgeschlossen. Bezüglich des limitierten Vorkaufsrechtes schreibt Wittmaack im Recht 1906, S. 467, Anm. 2: „Da das limitierte Vorkaufsrecht gesetzl. nicht geregelt ist, dessen Inhalt sich vielmehr lediglich nach den Vereinbarungen unter den Beteiligten bestimmt, so steht nichts im Wege, dasselbe auch für den Fall sich auszubedingen, daß über das Grundstück ein anderes Veräußerungsgeschäft als ein Kauf, z. B. ein Tausch, geschlossen wird.

[7]) Mot. II, S. 346. — Planck, ad § 504. — Staudinger, ad § 504. — Oertmann, ad § 504.

Im gemeinen Recht herrschte nun Meinungsverschiedenheit darüber,[8]) ob das Vorkaufsrecht schon dann zur Ausübung gelangen könne, wenn der Käufer bloß geneigt ist oder sich bereit erklärt hat zum Kaufe, oder erst, wenn die Vollendung des Kaufes zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten Tatsache ist. Nach dem „Bürgerlichen Gesetzbuch" werden derartige Voraussetzungen, wie Geneigtheit und Bereiterklärung zum Kaufe, nicht als genügend erachtet. Ebensowenig genügen bloße Vorverhandlungen.[9]) — Das B. G. B. verlangt als Grundlage zur Ausübung des Vorkaufsrechtes einen vollendeten Kauf. Ein mit Mängeln behafteter Kaufvertrag jedoch, ein Vertrag also, der anfechtbar ist, sei es vor oder nach Ausübung des Vorkaufsrechtes,[10]) oder der nichtig ist,[11]) kann das Vorkaufsrecht nicht zur Reife bringen. Das Gleiche gilt von einem Scheinkauf, ganz gleichgültig, ob überhaupt kein Geschäft gewollt war, oder ob damit ein anderes Geschäft verdeckt werden sollte.[12]) Ein unter einer Bedingung oder unter Vorbehalt des Rücktrittes abgeschlossener Kaufvertrag ist wiederum geeignet, Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufsrechtes zu bilden.[13]) Ist aber der Kaufvertrag gerade wegen des Vorkaufsrechtes bedingt oder unter Vorbehalt des Rücktritts abgeschlossen worden, so ist nach den gesetzlichen Bestimmungen[14]) eine derartige Vereinbarung dem Vorkaufsberechtigten

---

[8]) Näheres siehe Jaeger, Diss. § 9. — Justus Alb. Heermann: „De jure Protimiseos eiusque a Jure Retractus Discrimine", Magdeburg 1758, § 2, faßt das jus protimiseos in genere in 3 Punkten zusammen, von denen der 3. heißt: „jus protimiseos in specie venditionem alii faciendam impedire atque prae aliis emtoribus praeferentiam operari. Damit definiert er das jus protimiseos als ein Vorzugsrecht, welches verhindert den Verkauf mit einem andern zu schließen und welches den Vorzug des Berechtigten vor andern Käufern bewerkstelligt. Bei Heermann käme es also zu gar keinem Kaufe.

[9]) Crome II, § 228; — Dernburg II 2, § 196; — Immerwahr S. 317.

[10]) Crome, Bd. II, § 228, Anm. 18. Einschlägig sind hier noch die §§ 459, Abs. 1 u. 2, und 463 B. G. B.

[11]) Crome, Bd. II, § 228, Anm. 17: Die Nichtigkeit kann auch auf Formfehler beruhen.

[12]) Immerwahr, S. 318. — Crome II, § 228. — Nach § 117 B. G. B. Abs. 2, kommen nämlich nicht die Regeln des Scheingeschäftes, sondern die Regeln des verdeckten Geschäftes in Anwendung, so daß in einem derartigen Falle das Vorkaufsrecht unter keinen Umständen ausgeübt werden kann.

[13]) Mot. II, S. 346.

[14]) B. G. B., § 506. — Mot. II, S. 346. — Planck ad §§ 1098 u. 506; im Verhältnis zwischen Verpflichteten und Dritten kann aber eine derartige Vereinbarung sehr wohl von Bedeutung sein; Staudinger, ad § 506.

gegenüber unwirksam. Für ihn besteht also eine solche Nebenabmachung gar nicht zu Recht. Ohne Rücksicht auf sie kann er sein Vorkaufsrecht ausüben.[15]) Auf diese Weise ist einer Vereitelung des Vorkaufsrechtes vorgebeugt.[16])

Wenn § 510, Abs. I B. G. B. bestimmt, daß der Verpflichtete dem Vorkaufsberechtigten Tatsache, wie Inhalt[17]) des mit einem andern abgeschlossenen Kaufvertrages unverzüglich[18]) mitzuteilen[19]) hat, und daß diese Mitteilung durch die des Käufers ersetzt werden kann, so bildet diese gesetzliche Bestimmung für die Ausübung des Vorkaufsrechtes jedoch insoferne keine notwendige Voraussetzung, als dasselbe auch geltend gemacht werden kann, ohne daß von andrer Seite eine Mitteilung an den Berechtigten gelangt ist.[20]) Eine schuldhafte Verzögerung dieser Benachrichtigung von Seiten des Verpflichteten hat Schadensersatzpflicht nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. B. G. B. zur Folge. Eine Einschränkung dieser Schadensersatzpflicht kann sich nach § 254 B. G. B. durch schuldhaftes Mitwirken des Berechtigten ergeben, wenn derselbe z. B. schon von andrer Seite Mitteilung von dem Kaufe erhalten hat und dann mit Absicht dem Verpflichteten die rechtzeitige Mitteilung unmöglich macht. Die Mitteilung kann eine mündliche oder schriftliche sein.[21]) Eine bestimmte Form ist dafür gesetzlich nicht vorgeschrieben.[22]) Während diese Bestimmungen für beide Arten des Vorkaufsrechtes maßgebend sind, enthält das B. G. B.[23]) noch eine Spezialvorschrift

---

[15]) Anders nach preuß. A. L.-R. I, 20, § 618, — Sächsisch. G.-B. § 1119.

[16]) In allen diesen Punkten herrscht unter den Schriftstellern unbedingte Uebereinstimmung: Planck ad §§ 504 u. 506 u. § 1098. — Staudinger ad §§ 504 u. 506. — Dernburg II_2, § 196. — Matthias I, § 110. — Leske I, § 64. — Oertmann ad §§ 504 u. 506. — Cosack I, § 132. Eccius, Bd. III, § 189. — Windscheid-Kipp II, § 388. — Scherer ad §§ 504, 506. — Förtsch, S. 253. — Gierke II, § 154. — Haidlen, §§ 504, 506. — Crome II, § 228. — Endemann I, § 162. — Enneccerus-Lehmann, Bd. I, § 253.

[17]) Nicht Wortlaut. — Crome II, ad § 228, Anm. 38.

[18]) „Unverzüglich“ jedenfalls im Sinne des § 121, Abs. 1, B. G. B.

[19]) Einschlägig sind hier die §§ 130—132 B. G. B.

[20]) Staudinger ad § 510: „Die Zulässigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes selbst ist durch den Empfang der Mitteilung nicht bedingt.“

[21]) Planck, ad § 510. — Staudinger, ad § 510. — Oertmann ad § 510. — Immerwahr, S. 322. — Crome II, § 228.

[22]) Anders im preuß. Recht, § 611 A. L. R. I, 20, wonach gerichtliche oder notarielle Bekanntmachung erforderlich war.

[23]) B. G. B. § 1099.

für das dingliche Vorkaufsrecht. Darnach steht auch demjenigen Eigentümer eines Grundstückes, der das Eigentum nicht von dem Vorkaufsverpflichteten, sondern von einem andern erworben hat, das Recht zu, dem Vorkaufsberechtigten die Mitteilung mit der in § 510, Abs. 2, bestimmten Wirkung zu machen.[24]) Andrerseits hat der Verpflichtete die Aufgabe, den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt oder ausgeschlossen ist.[25])

Darüber, was man unter neuem Eigentümer versteht, ob den, der vom Verpflichteten das Eigentum erworben hat, oder einen späteren Erwerber, besteht Streit. Planck[26]) steht auf dem Standpunkt, daß vom Verpflichteten die Mitteilung nicht nur an den unmittelbaren, sondern auch an den späteren Erwerber zu erfolgen habe und zwar auf Grund der §§ 1100—1102 B. G. B., welche die Auseinandersetzung wegen des Kaufpreises zwischen den Beteiligten regeln.[27]) Andrer Meinung sind Biermann und Turnau-Förster.[28]) Diese sagen, der Verpflichtete habe die Mitteilung nur dem zu machen, der das Grundstück von ihm selbst gekauft habe. Denn nur diesem gegenüber, meint Biermann, habe der Vorkaufspflichtige Pflichten, nicht einem spätern Eigentümer gegenüber. Aber meines Erachtens kommt es hier doch nicht darauf an, welche Pflichten der Vorkaufspflichtige gegenüber seinen Nachmännern hat, sondern in erster Linie darauf, welche Pflichten er gegen den Berechtigten hat. Diesem hat er das Vorkaufsrecht an seinem Grundstück bestellt; diesem gegenüber ist er vorzugsweise verantwortlich und im Falle einer Mißachtung des § 1099, Abs. 2 B. G. B., schadensersatzpflichtig.[29]) An ihn kann sich andrerseits, im Falle er das Grundstück an einen Dritten veräußert hat, der Berechtigte halten und von ihm die Auflassung verlangen, ganz gleich, ob das Grundstück schon in dritte oder vierte Hände übergegangen ist. Im übrigen gilt der § 1099 B. G. B. doch nicht bloß für den 1. Verkaufsfall, sondern ganz allgemein

---

[24]) Planck, ad § 1099. — Immerwahr, S. 323/24. — Mot. III, S. 456/57.

[25]) B. G. B. § 1099_2.

[26]) Planck, ad § 1099.

[27]) Crome III, § 445, Anm. 89, steht auf gleichem Standpunkt: „Auch einen späteren Eigentümer hat der Verpflichtete zu benachrichtigen, wenn er ihn kennt.“

[28]) Biermann, ad § 1099. — Turnau-Förster, ad § 1099.

[29]) Staudinger, ad § 1099: „Bei Unterlassung der nach Abs. 2 gebotenen Benachrichtigung wird der Verpflichtete schadenersatzpflichtig.“

auch für spätere. In diesen Fällen kann das Gesetz unter „neuem" Eigentümer doch wirklich nicht den ersten Käufer meinen, der schon längst nicht mehr Eigentümer ist, sondern den tatsächlich neuen Eigentümer. Daraus ergibt sich, daß der Verpflichtete die Aufgabe hat, „jeden" neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt oder ausgeschlossen ist.

Auch der sogenannte Mengekauf des § 508 B. G. B. kann Voraussetzung zur Ausübung des dinglichen wie auch des obligatorischen Vorkaufsrechtes bilden.[30]) Man versteht darunter den Fall, daß der Verpflichtete den mit einem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand zusammen mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise verkauft. Will der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, so hat er einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten, der aus der gleichen Formel[31]) berechnet wird, wie der neue subjektive Preis bei Kaufpreisminderung des § 472 B. G. B.

Die Formel lautet:

$$x : w_1 = p : w_2,$$

wobei x den gesuchten Preis des dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes,
w_1 den Wert desselben Gegenstandes,
w_2 den Wert der sämtlichen Gegenstände und
p den Gesamtpreis darstellt.

Beträgt demnach der Wert der sämtlichen Gegenstände 2000 M. = w_2,
der Wert des belasteten Gegenstandes: 400 M. = w_1,
der Gesamtpreis 2400 M. = p,
so ist der Preis des belasteten Gegenstandes:

$$x = \frac{w_1 \cdot p}{w_2} \text{ oder}$$

$$x = \frac{400 \cdot 2400}{2000} = \frac{400 \cdot 24}{20} = 20 \cdot 24 = 480 \text{ M.}$$

Der Verpflichtete kann aber nach der angezogenen Bestimmung des B. G. B. seinerseits verlangen, daß der Vorkauf auf

---

[30]) Im gemeinen Recht, wie auch im Landrecht war diese Frage bestritten. Näheres darüber siehe Jaeger, S. 67/69. — Seufferts Archiv XV, No. 236; X No. 77. — Preuß. A. L.-R. a. a. O., § 607. — Dernburg III, § 381. — Sächs. G.-B. § 1123.

[31]) Planck, ad 508.

alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Es entsteht hier die Frage: Kann der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, nachträglich noch seinen Rücktritt erklären oder wegen Irrtums seine Ausübungserklärung anfechten? Es bestehen darüber Meinungsverschiedenheiten. Planck[32]) ist der Ansicht, „daß ein nachträglicher Verzicht auf das Vorkaufsrecht sowie eine Anfechtung wegen Irrtums in diesem speziellen Falle ausgeschlossen ist. Denn durch die Ausübung sei der Vertrag zustande gekommen und die Unkenntnis des Berechtigten von dem späteren Verlangen des Verpflichteten nach Erstreckung des Vorkaufs begründe keinen Irrtum über den Inhalt der Ausübungserklärung.“

Anderer Meinung ist Enneccerus-Lehmann,[33]) der bezüglich des nachträglichen Verzichts sagt, man müsse aber dem Vorkaufsberechtigten das Recht geben, auf den Vorkauf ganz zu verzichten. Oertmann[34]) glaubt ebenfalls, daß sich der Vorkaufsberechtigte schwerlich noch von dem durch Ausübung des Vorkaufsrechtes entstandenen Anspruch des Verpflichteten befreien könne. Er erkennt aber die Berechtigung des Vorkaufsberechtigten an, die Vorkaufserklärung nach § 119 B. G. B. anzufechten. Am besten interpretiert Immerwahr[35]) diese gesetzliche Bestimmung, indem er betont, daß nur unter der Voraussetzung dem Berechtigten nachträglich der Verzicht verweigert werden dürfe, wenn der Verpflichtete gleich bei der Anzeige des Verkaufs den Charakter desselben als Mengekauf und seinen Anspruch auf Mitübernahme nicht belasteter Gegenstände erklärt. Denn das einseitige Rücktrittsrecht des Vorkaufsberechtigten würde sich ohne vorherige Anzeige dieser Absicht für den Berechtigten schon durch Anfechtung seiner Ausübungserklärung wegen wesentlichen Irrtums nach § 119 B. G. B. ergeben.

Wie bezüglich des Mengekaufs zwischen dinglichem und obligatorischem Vorkaufsrecht kein Unterschied besteht, so bildet

---

32) Planck, ad § 508, auch Staudinger, ad § 508.
33) Enneccerus-Lehmann I, § 253.
34) Oertmann, ad § 508.
35) Immerwahr, S. 315/16. — Crome II, § 228, sagt: „Der Berechtigte, welcher in Kenntnis des Gesamtverkaufs, — andernfalls könnte er seine Erklärung anfechten — sich für die Ausübung des Vorkaufsrechtes entschieden hatte, kann auf Grund dieses Verlangens nicht mehr vom Vorkaufe abgehen.“ — Aehnlich spricht sich Dernburg II_2 § 196/7 aus.

auch der sogenannte Freundschaftskauf[36]) eine für beide Vorkaufsrechte in jeder Beziehung geeignet Unterlage zur Ausübung derselben. Zwei Ansichten stehen sich hier gegenüber: Nach der einen kommt beim Freundschaftskauf, — wenn also ein Gegenstand an einen dritten ganz speziell wegen seiner Person um einen geringeren Preis, als es sonst üblich ist, verkauft worden ist, — mit der Ausübungserklärung des Berechtigten der Kauf genau unter denselben Vereinbarungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem zustande. Eine andere Meinung[38]) geht dahin, daß ein derartiger Freundschaftskauf analog den Vorschriften des § 507 B. G. B. behandelt werden muß, so daß der Differenzbetrag in Geld geschätzt wird, was wohl in der Regel möglich ist, und auf diese Weise der Kaufpreis zu einem normalen gestempelt wird. Der Vorkaufsberechtigte müßte also entsprechend zuzahlen. Im gemeinen Recht[39]) wollten die einen beim Freundschaftskauf den Anspruch ganz ausschließen,[40]) andere stellten sich auf den Standpunkt, daß der Kauf zu dem gleichen Preise auch für den Vorkaufsberechtigten gelten solle, wieder andere unterschieden, ob der Verkäufer dem Käufer einen trennbaren Teil der Sache oder einen Teil des Kaufspreises geschenkt habe, andere schließlich, ob die Liberalität Bestimmungsgrund zum Vertragsschlusse gewesen sei oder nicht.

Meine Ansicht ist die, daß der Vorkaufsberechtigte zur Nachzahlung des Differenzbetrags bis zur Höhe des Normalpreises verpflichtet ist. Denn es wäre einerseits eine ungebührliche Beschränkung und Benachteiligung des Vorkaufspflichtigen, wenn seine Eigentumsbefugnisse infolge des Vorkaufsrechtes so geringe wären, daß er nicht einmal eine teilweise Schenkung zu machen imstande wäre. Andrerseits wäre eine ungewöhnliche Bevorzugung des Berechtigten gegeben. Denn es entsteht ja für ihn absolut kein Nachteil. Es wird ihm erstens sein Vorkaufsrecht nicht vereitelt und zweitens erhält er es ja zu einem Normalpreis. Im Falle er jedoch nur den Freundschaftspreis zu bezahlen hätte,

---

[36]) Freundschaftskauf oder Freundskauf (venditio gratiosa) d. h. ein Kaufvertrag, bei dem in Schenkungsabsicht der Verkäufer dem Käufer einen geringeren Preis als den wahren Wert zugesprochen hat. — Jaeger, Diss., S. 60.

[37]) Planck, ad § 505; Staudinger, ad § 505.

[38]) Crome, § 228, Anm. 56. — Dernburg, § 196, A. 5.

[39]) Jaeger, S. 61.

[40]) Nach dem B. L. R. IV, 5., § 9, No. 2 war bei Freundschafts- oder Gnadenkäufen das Vorkaufsrecht ausgeschlossen.

würde er unter Umständen einen ganz außerordentlichen Gewinn erzielen, der mit dem wirtschaftlichen Zwecke des Vorkaufsrechtes gar nichts zu tun hat und dem Wesen desselben direkt zuwider läuft.[41])

Im Gegensatz zum Menge- und Freundschaftskauf bilden der sogenannte Kindskauf und unter Umständen derjenige Kauf, bei welchem Nebenleistungen vereinbart wurden, die nicht in Geld geschätzt werden können, keine geeignete Grundlage zur Ausübung sowohl des dinglichen wie auch des obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Unter „Kindskauf" wird gemeinhin ein Kauf verstanden, der zwischen dem Verpflichteten und seinen gesetzlichen Erben[42]) mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht zustande kommt.[43]) Bezüglich desselben bestimmt das B. G. B.[44]), daß sich das Vorkaufsrecht im Zweifel nicht auf einen Vorkauf erstreckt, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. Diese Bestimmung gilt uneingeschränkt für das obligatorische Vorkaufsrecht, in Bezug auf das dingliche bestehen hier zwei Ansichten.

Das obligatorische Vorkaufsrecht geht demnach unter allen Umständen unter, das dingliche jedoch nicht, wenn es gemäß § 1097 B. G. B. für mehrere oder alle Vorkaufsfälle bestellt ist. Beschränkt es sich jedoch nur auf den Fall des Vorkaufs durch den Eigentümer oder durch dessen Erben, und ist dieser Verkauf ein Kindskauf, so kann es ebensowenig wie das obligatorische Vorkaufsrecht ausgeübt werden. Es handelt sich, wie die Protokolle sagen, in diesem Falle um eine antizipierte Erbfolge und nicht um einen Kauf im eigentlichen Sinne, so daß es zu einer Ausübung des Vorkaufsrechtes überhaupt nicht kommt.[45])

Eine andere Meinung, welche vom Standpunkt der Logik aus wohl die richtige ist, geht dahin, daß das dingliche Vorkaufs-

---

[41]) Die Motive (III, S. 451) erklären das Vorkaufsrecht ausdrücklich als ein Recht, das dem Berechtigten nicht eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen soll.

[42]) B. G. B., §§ 1924—36.

[43]) Prot. II, 104.

[44]) B. G. B., § 511.

[45]) Immerwahr, S. 297/98. — Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, ad § 100. — Planck, ad § 1098. — Fischer-Henle, Handausgabe, Bem. 1, ad § 1097. — Kretzschmar, ad § 1097. — Neumann, ad § 1097. — Prot. II, 104.

recht überhaupt nicht untergeht, ganz gleich, ob es für einen oder mehrere Vorkaufsfälle bestellt ist.[46]) Endemann, der letztere Ansicht teilt, sagt mit Recht:

> „Wäre die Meinung Plancks etc. richtig, so könnte jeder Vorkaufspflichtige sich beliebig von der Belastung befreien; er kann ja stets das Grundstück von dem Erben zurückerwerben; ein Verbot, das dies ausschlösse, besteht nicht. Damit würde die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechtes vernichtet."

Was dann den Kauf betrifft, bei welchem Nebenleistungen vereinbart wurden, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken nicht imstande ist und die nicht im Geld schätzbar sind, so ist hier wohl beim dinglichen wie auch beim obligatorischen Vorkaufsrecht die Ausübung desselben ausgeschlossen.[47])

Ist jedoch die Nebenleistung in Geld[48]) schätzbar, so kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden und der Berechtigte hat den Wert der Nebenleistung zu entrichten.[49]) Ebenso ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes möglich, wenn der Berechtigte imstande ist, die Nebenleistung selbst zu bewirken, oder wenn letztere so unwesentlich ist, daß der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde.[50] In dem Falle, in welchem das Vorkaufsrecht infolge der subjektiven Unfähigkeit des Berechtigten zur Bewirkung der Nebenleistung ausgeschlossen ist, tritt etwa nicht Schadenersatzpflicht ein.[51]) Es wird hier so gleichsam eine Fiktion aufgestellt, als ob es sich da nicht um einen Kauf, sondern um einen andern Vertrag handle.

Das Vorkaufsrecht kann ferner nicht zur Ausübung gelangen, wenn ganz allgemein die Voraussetzungen des § 512 B. G. B. gegeben sind. Diese Bestimmungen gelten aber in erster Linie für das obligatorische Vorkaufsrecht. Durch Hinweis des § 1098

---

[46]) Biermann, ad § 1097. — Staudinger, ad § 1097: „Im Falle des sog. Kindskaufs wird der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben können, sobald der Erbe wieder verkauft." — Fuchs, Grundbuch-R. I, ad 1097. — Endemann II_1, ad § 111. — Willenbücher, S. 134.

[47]) B. G. B., §§ 507 u. 1098. — Mot. II, S. 349. — Prot. II, S. 100 ff.

[48]) Entscheidend ist der Geldwert, welchen die Leistungen zur Erfüllungszeit haben. — Mot. II, S. 349.

[49]) B. G. B., § 507.

[50]) B. G. B., § 507.

[51]) Mot. II, S. 349. — Oertmann, ad § 507. — Staudinger, ad § 507. — Planck, ad § 507. — Crome II, § 228. — Dernburg II_2, § 196. — Cosack I, § 132. — Immerwahr, S. 320/21 u. and.

auf die Bestimmungen über das obligatorische Vorkaufsrecht bilden sie zwar auch die Grundlage für das dingliche, werden jedoch durch Satz 2 des angezogenen Paragraphen und durch beschränkende Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes modifiziert, so daß hier dingliches und obligatorisches Vorkaufsrecht trotz einigen Zusammenhangs wesentlich von einander abweichen.

Für das obligatorische Vorkaufsrecht ist demnach eine Ausübung nicht gestattet,[52]) wenn der mit dem Vorkaufsrecht belastete Gegenstand entweder im Wege der Zwangsvollstreckung, also durch Versteigerung bezw. freihändig[53]) oder durch den Konkursverwalter ebenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder freihändig[54]) verkauft wird. Das obligatorische Vorkaufsrecht kann jedoch wieder ausgeübt werden bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes, die die Aufhebung einer Gemeinschaft bezweckt[55]) oder bei Versteigerung eines Nachlaßgrundstückes, da es sich hier doch nicht um eine Zwangsvollstreckungsmaßregel handelt.[56])

Das dingliche Vorkaufsrecht geht nie unter bei freihändigem Verkauf des Grundstückes durch den Konkursverwalter.[57]) Im übrigen ist zu unterscheiden, ob es sich um ein für einen Vorkaufsfall bestelltes Vorkaufsrecht oder um ein nach § 1097, Satz 2 B. G. B. für mehrere oder alle Verkaufsfälle begründetes Vorkaufsrecht handelt. Für ersteres gilt allgemein der Satz, daß es bei jeder Art von Zwangsvollstreckung — den eben erwähnten Fall des freihändigen Verkaufs beim Konkurs ausgenommen[58]) —

---

[52]) Mot. II, S. 350.

[53]) Z. P. O. § 820, Satz 2 (Gold- und Silbersachen bei zu geringem Angebot); § 821 Wertpapiere, die einen Börsen- oder Marktpreis haben; § 825 anderweitige Verwertg. der Sachen auf Antrag des Gläubigers.

[54]) K. O., §§ 117, 134.

[55]) B. G. B., § 753; Z. V. G. §§ 180 ff.

[56]) Mot. II, S. 350. — Prot. II, S. 107/8. — Matthias I, § 110. — Crome II, 228. — Planck, ad § 512. — Staudinger, ad § 512. — Immerwahr, S. 299; 320; 335.

[57]) B. G. B., § 1098, Abs. 1, Satz 2.

[58]) Hier ist wieder zu unterscheiden, ob bei Konkurseröffnung das Vorkaufsrecht durch die abgegebene Erklärung schon ausgeübt war oder nicht. Im ersteren Falle kann der Berechtigte gemäß § 24 K. O. Erfüllung verlangen, im Falle jedoch der Berechtigte nicht mehr Gelegenheit hatte zur Abgabe der Ausübungserklärung, den Kaufabschluß mit dem Dritten vorausgesetzt, so kann der Konkursverwalter von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, wobei natürlich das Vorkaufsrecht bestehen bleibt. — Staudinger, ad § 1098. — Immerwahr, S. 335. — Turnau-Förster, ad § 1098. — Biermann, ad § 1098. — Planck, ad § 1097.

erlischt. Selbstredend trifft auch hier die beim obligatorischen Vorkaufsrecht geltende Einschränkung wieder zu, daß bei Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft[59]) und auf Antrag des Erben das Vorkaufsrecht bestehen bleibt.

Bei dem für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellten dinglichen Vorkaufsrecht liegt die Sache anders. Dieses bleibt nicht nur beim freihändigen Verkauf durch den Konkursverwalter bestehen, sondern auch dann, wenn es im geringsten Gebote zu berücksichtigen ist,[60]) das ist der Fall, wenn es dem Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers vorgeht.[61]) Geht das dingliche Vorkaufsrecht durch Zuschlag unter, so treten die §§ 882 B. G. B., bezw. 92 Z. V. G. in Geltung, wonach an die Stelle des Rechts der Anspruch auf Ersatz und zwar der Höchstbetrag des Ersatzes tritt. So ziemlich allgemein wird angenommen, daß unter die im § 882 B. G. B. verstandenen Rechte auch das für mehrere bezw. alle Verkaufsfälle bestellte Vorkaufsrecht gehört.[62])

Anderer Ansicht ist Oberneck.[63])

Fuchs[64]) meint, trotzdem das Vorkaufsrecht vom 1. Entwurf des Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unter denjenigen Rechten, für welche das Surrogationsprinzip gelte, nicht aufgeführt ist, steht an und für sich weder § 882 B. G. B. noch § 92 Z. V. G. der Eintragung eines Höchstersatzes für ein Vorkaufsrecht entgegen. Kretzschmar[65]) erklärt einen Ersatzanspruch für ausgeschlossen, weil es an jedem Anhalte für seine Bemessung fehle, hält aber die Eintragung des Höchstbetrages für zulässig. Ich schließe mich der An-

---

[59]) Fuchs, ad § 1098, nennt diese Auffassung, welche auch in den Mot. II, S. 350 wiedergegeben ist, „nicht unbedenklich"; — siehe auch Maenner, Sachenrecht, § 59, Anm. 5.

[60]) § 52, Z. V. G.

[61]) Staudinger, ad §§ 1097/98. — Planck, ad § 1098. — Biermann, ad § 1098. — Fuchs, ad § 1098. — Turnau-Förster, § 1098.

[62]) Planck, ad § 882. — Turnau-Förster, ad § 882. — Staudinger, ad § 882; ders. hat in seiner neuesten Auflage seines Sachenr. v. Jhr. 1907 seine frühere Ansicht korrigiert und zählt nun auch das für mehrere oder alle Fälle bestellte Vorkaufsr. zu den betr. Rechten. Er schließt also nicht mehr, wie Planck fälschl. annimmt, d. Vorkaufsr. aus.

[63]) Oberneck, R. G. R., § 43. — Neumann, ad § 882; — ebenso Kretzschmar, Grdb.-R. I, S. 165.

[64]) Fuchs, ad § 882.

[65]) Kretzschmar I, S. 165, 215.

sicht Kretzschmar's an, da ich mir nicht vorstellen kann, auf welcher Grundlage der Wert eines Vorkaufsrechtes an einem Grundstück fixiert werden könnte. Bei allen Rechten, für die das Surrogationsprinzip gilt, ist dies möglich, indem sogar für manche gesetzliche Anhaltspunkte gegeben sind. Damit wäre natürlich die Eintragung des Höchstbetrages illusorisch. Ein Ersatz dafür könnte ja in der Weise von Fall zu Fall geschaffen werden, daß sich der Besteller des Vorkaufsrechtes für den in Frage stehenden Fall einen angemessenen Betrag hypothekarisch als Entschädigung sicher stellt, wie das auch beim obligatorischen Vorkaufsrechte angängig ist, um sein Interesse an der Nichtverletzung des Veräußerungsverbotes schützen zu können.[66])

66) Mot. III, S. 448.

Ausübung der beiden Vorkaufsrechte und Wirkung der Ausübung.

Nach der klaren Bestimmung des B. G. B. besteht die Ausübung des Vorkaufsrechtes in der einfachen Erklärung des Berechtigten, für welche die allgemeinen Vorschriften über empfangsbedürftige Willenserklärungen gelten,[1]) gegenüber dem Verpflichteten,[2]) daß er von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch mache.[3]) Die Erklärung selbst kann formlos geschehen.[4]) Diese Regeln gelten für beide Arten von Vorkaufsrechten ohne jede Modifikation. Wie die Ausübung juristisch zu beurteilen ist, wird an andrer Stelle behandelt.

Durch die Ausübungserklärung kommt der Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den nämlichen[5]) Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.[6])

Abweichend von dieser Regel bestimmt jedoch § 509, daß eine zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten vereinbarte Stundung des Kaufpreises von dem Berechtigten nicht in Anspruch genommen werden kann,[7]) es sei denn, daß er entsprechende Sicherheit leistet.[8])

Es ist diese Bestimmung auch ganz selbstverständlich; denn eine derartige Stundung ist eine rein persönliche Sache, die in der Regel aus familiären, freundschaftlichen und hauptsächlich finanziellen Motiven resultiert. Doch auch die Sicherheitsleistung

---

[1]) B. G. B., § 130 ff.

[2]) Nicht etwa gegenüber dem Dritten, wenn von diesem, was ja gestattet ist, die Mitteilung vom Kaufsabschlusse kommt. — Staudinger, Com., ad § 505.

[3]) B. G. B., § 505. — Mot. II, S. 346.

[4]) B. G. B., § 505, Abs. 1, Satz 2. — Ist unwiderruflich, bedarf weder einer Annahme, noch wird sie durch Widerspruch entkräftet; Immerwahr, S. 325.

[5]) Abgesehen natürl. von den Modifikationen der § 507, § 508 etc.

[6]) B. G. B., § 502, Abs. 2.

[7]) Prot. II, S. 100.

[8]) Tut er das nicht, so verliert er sein Vorkaufsrecht.

kann gegenstandslos werden dann,[9]) wenn ein Grundstück Gegenstand des Verkaufs ist, und für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek,[10]) an dem Grundstück vereinbart wurde, oder wenn in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld des Verpflichteten, für welche eine Hypothek am Grundstück besteht, übernommen worden ist.[11])

Das Zustandekommen des Kaufes unter den zwischen dem Verpflichteten und Dritten vereinbarten Bedingungen wird nun verschiedentlich beurteilt. Die einen[12]) sagen, durch die abgegebene Erklärung sei ein neuer selbständiger Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zustande gekommen. Andere[13]) meinen, daß der Vorkauf durch Eintritt des Berechtigten in den mit dem Dritten abgeschlossenen Kauf zur Perfektion gelange. Auf demselben Standpunkt scheinen die Motive zu stehen. Es heißt da[14]) einmal: „Auch in einen bedingten oder unter dem Vorbehalte des Rücktritts abgeschlossenen Kaufvertrag kann der Vorkaufsberechtigte eintreten.“ Entgegen dieser Auffassung stelle ich mich auf den Standpunkt, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes ein neuer selbständiger Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zustande kommt. Denn es haften, wie Oertmann[15]) sehr richtig bemerkt, dem Verkäufer die ihm vom Dritten etwa bestellten Bürgen und Pfänder in keiner Weise wegen seiner nunmehrigen Ansprüche aus dem Kaufvertrage mit dem Vorkaufsberechtigten.

---

[9]) B. G. B., § 509, Abs. 2.

[10]) Die Hypothek braucht den Anforderungen des § 238 B. G. B. nicht zu genügen. Der Berechtigte ist in diesem Falle nicht verpflichtet, anderweitige Sicherheit zu stellen oder bar zu zahlen; Planck, ad § 509.

[11]) Durch Ausübung des Vorkaufsrechtes übernimmt sie natürlich der Berechtigte.

[12]) Planck, ad § 505 u. § 1098. — Oertmann, ad § 505: „Nicht etwa wird der Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Dritten geschlossen oder tritt jener an die Stelle des Dritten in dessen Vertrag unter denselben Bedingungen ein.“ — Crome II, § 228 „es liegen 2 Verkäufe vor“. — Immerwahr, S. 331/32. — Endemann I, § 162, Anmerkung 36.

[13]) Dernburg II_2, § 196: „Durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten an den Verpflichteten, daß er in den Kauf „eintrete“, kommt der Vorkauf zustande.“ — R. G. E., Bd. 60, S. 233: „Der Verpflichtete muß dem Berechtigten gestatten, daß er durch Ausübung des Vorkaufsrechts in die Stelle des Dritten als Käufer eintritt.“ — Gierke, d. P. R.: „Das Näherrecht ist ein durch Eintritt in die Verpflichtungen eines Käufers bedingtes Erwerbsrecht.“

[14]) Mot. II, S. 346; ebenso Mot. II, S. 348 „Eintritt des Berechtigten“; Mot. II, S. 349.

[15]) Oertmann, ad § 505.

Ist nun durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes der Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zustande gekommen, so stehen sich beide in ihren Pflichten und Rechten wie Käufer und Verkäufer gegenüber.

Der Berechtigte hat demnach die Verpflichtung, die mit dem Dritten getroffenen Vereinbarungen mit den aus §§ 507, 509 etc. sich ergebenden Modifikationen zu erfüllen, während der Berechtigte zur Uebergabe und Verschaffung des Eigentums oder Rechts gebunden ist, wobei natürlich nach den allgemeinen Regeln des B. G. B.[16]) Schadenersatz zu leisten ist.[17]) Nachträgliche Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Berechtigten sind selbstverständlich gestattet.[18]) Bei der Bestellung des Vorkaufsrechtes ist eine Vereinbarung über Beschränkung des Vorkaufsrechtes auf einen bestimmten Betrag, sog. limitiertes Vorkaufsrecht, nicht angängig.[19]) Wie dem Berechtigten gegenüber, so kann der Verpflichtete auch gegenüber dem Dritten schadensersatzpflichtig werden. Die Grenze dieser Haftung hängt natürlich von der Größe der mit demselben getroffenen Vereinbarung ab.

Bei den Wirkungen der Ausübungserklärung tritt der Unterschied zwischen dem dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechte am vorzüglichsten zu Tage.

Das obligatorische Vorkaufsrecht wird trotz der Ausübungserklärung vollständig wirkungslos, sobald das Eigentum am Gegenstande auf den Dritten übertragen ist. Der Berechtigte kann allenfalls, wie schon erwähnt, auf Schadensersatz klagen oder er kann schon bei der Bestellung, um sein Interesse an der Nichtverletzung des Veräußerungsverbotes zu schützen, sich eine Konventionalstrafe hypothekarisch sicher stellen. Aber das Vorkaufsrecht selbst ist gegenstandslos geworden.

Ganz anders verhält sich die Sache beim dinglichen Vorkaufsrechte. Für dieses bestimmt das B. G. B.[20]) für den Fall, daß der Verpflichtete trotz des bestehenden Vorkaufsrechtes das Eigentum des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Grundstückes auf einen Dritten übertragen hat, daß das dingliche Vorkaufsrecht

---

16) B. G. B., § 325/26.
17) Mot. II, S. 347.
18) Mot. II, S. 347.
19) Mot. III, S. 451.
20) B. G. B., § 1098, Abs. 2.

diesem Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums hat. Die Wirkung dieser Vormerkung besteht nun darin, daß die Eintragung des Dritten als Eigentümer dem Vorkaufsberechtigten gegenüber insoferne wirkungslos ist,[21]) als der Dritte nach den einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. und der Grundbuchordnung[22]) verpflichtet ist, dem Berechtigten die zur Eintragung als Eigentümer erforderliche Zustimmung zu erteilen und, im Falle er sich im Besitze des Grundstückes befindet, dasselbe herauszugeben. Diese Grundsätze greifen auch dann Platz, wenn das Eigentum des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Grundstücks von dem Dritten bereits weiter übertragen worden ist.

Der Unterschied zwischen beiden Vorkaufsrechten besteht also hauptsächlich darin, daß beim obligatorischen Vorkaufsrechte der Berechtigte, sobald der belastete Gegenstand Eigentum eines Dritten geworden, sich damit bescheiden muß, den Verpflichteten auf Schadenersatz zu verklagen. Der mit dem Vorkaufsrecht belastet gewesene Gegenstand ist für ihn verloren. Das Vorkaufsrecht ist illusorisch geworden. Es handelt sich eben beim obligatorischen Vorkaufsrechte um ein Schuldverhältnis, dessen Wirkung nicht, wie bei einem sachenrechtlichen Verhältnis eine absolute, sondern nur eine relative ist und sich daher über den durch die Obligation gebundenen Personenkreis hinaus nicht erstreckt.

Beim dinglichen Vorkaufsrechte jedoch hat der Berechtigte durch die Eintragung desselben ins Grundbuch ein jus in re, welches wie alle Sachenrechte infolge der Publizität des Grundbuchs gegen jedermann wirkt. In wessen Eigentum nur immer der belastete Gegenstand kommt, das kann dem dinglich Berechtigten einerlei sein, sein Vorkaufsrecht geht nie unter.

Darin stimmen beide Vorkaufsrechte wieder überein, daß sie bis zu ihrer Ausübung vollständig wirkungslos sind, so daß dem Verpflichteten nichts im Wege steht, den mit dem einen oder andern Vorkaufsrechte beschwerten Gegenstand zu belasten, zu veräußern oder das Eigentum desselben an einen Dritten zu

---

[21]) B. G. B., § 883, Abs. 2.
[22]) B. G. B., § 882_2 u. G. B. O. § 19.

übertragen. Ja, sogar im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung ist es Dritten bis zu dem genannten Zeitpunkt möglich, ein Recht an dem belasteten Gegenstand zu erwerben.[23])

Es herrscht nun darüber, ob das mit dem Vorkaufsrechte belastete Grundstück bis zum Falle der Ausübung[24]) noch weiter belastet werden dürfe, bezüglich des dinglichen Vorkaufsrechtes große Meinungsverschiedenheit. Beim obligatorischen Vorkaufsrecht ist diese Frage ohne weiteres zu bejahen. Immerwahr[25]) meint, daß gar kein Zweifel daran bestehe, daß ein vorgemerkter Anspruch auf Auflassung meist jede fernere Belastung des Grundstücks ausschließt und ja hauptsächlich zu diesem Zwecke eingetragen wird; und da das Vorkaufsrecht die gleichen Wirkungen haben soll, so kann damit ein derartig belastetes Grundstück praktisch in der Regel nicht weiter belastet werden. Die Anwendung des Immerwahr'schen Satzes — „ein vorgemerkter Anspruch auf Auflassung werde hauptsächlich zu dem Zwecke eingetragen, um jede fernere Belastung des Grundstückes auszuschließen" — auf das Vorkaufsrecht dürfte doch nicht richtig sein. Denn die Verdinglichung des Vorkaufsrechtes hat als vornehmsten Zweck die Verhütung, das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück in andere Hände gelangen zu lassen.[26]) Wenn man ferner den Zweck der Verdinglichung des Vorkaufsrechtes verfolgt, so wird man sehen, daß man einmal die große Zahl der früheren gesetzlichen Vorkaufsrechte deswegen abschaffte, weil sie eine große schädliche Wirkung ausübten; diese „Schädlichkeit" ist, wie die Motive[27]) sagen, „nicht so sehr in dem Ursprung, als vielmehr in dem Inhalte des Rechts zu suchen." Es ist ferner zu beachten, daß das dingliche Vorkaufsrecht aus dem Grunde eingeführt wurde, um die Veräußerung von Land seitens der Großgrundbesitzer und insbesondere des Staates an Kleingrundbesitzer zu fördern, was nach Ansicht der neueren Volkswirtschaft sehr wünschenswert ist,[28]) oder um sonstwie auf

---

[23]) Planck, ad § 1098.

[24]) Planck, ad § 1098, hält den Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalles, Kretzschmar II, S. 366, die Eintragung des neuen Eigentümers ins Grundbuch für entscheidend.

[25]) Immerwahr, S. 327 ff. Auf dem Standpunkt Immerwahr's stehen noch Fuchs, ad § 1098, — Biermann, ad § 1098, — Endemann II_1, S. 111, Anm. 26; — Landsberg, § 199, I, 3a.

[26]) Mot. III, S. 499.

[27]) Mot. III, S. 448.

[28]) Mot. III, S. 448.

ein für eine Person oder einen Personenkreis wertvolles Grundstück oder einen Komplex von solchen dauernden Einfluß zu bewahren.[29]) Aus all dem geht doch hervor, daß es im Sinne des Gesetzes ist, daß der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechtes nicht ein die wirtschaftlichen Verhältnisse drückender, sondern ein befreiender und befördernder sei. Wie sehr wäre aber der Eigentümer eines mit einem solchen Vorkaufsrechte belasteten Landgutes in seinen wirtschaftlichen Bestrebungen gehemmt, wenn ihm nicht gestattet wäre, z. B. behufs Meliorationen ein Hypothekendarlehen zu nehmen. Dann heißt es in den Motiven[30]) wörtlich: „Da das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten nicht eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen soll, so ist der Kredit des Verpflichteten bei weiteren Belastungen nicht gemindert.“ Und der Behauptung Immerwahr's: „Die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts komme praktisch einer Sperrung des Grundbuchs gleich“ — sind die Worte in den Motiven[31]) entgegenzusetzen: „Eine Sperrung des Grundbuches wird nach den Vorschriften des Entwurfes durch die Eintragung eines Veräußerungsverbotes nicht herbeigeführt. Der Entwurf entscheidet sich deshalb gegen diese Art der Verdinglichung.“ Auf Grund dieser Ausführungen schließe ich mich ganz der Ansicht Planck's u. a.[32]) an, welcher behauptet, daß gegenüber Dritten, die vor dem Eintritt des Vorkaufsfalles ein Recht an dem Grundstück erworben haben, die Ausübung des Vorkaufsrechtes ohne Bedeutung ist. Ebenso ist die von Planck gegebene Begründung akzeptabel, daß nämlich der Vorkaufsberechtigte durch die vor dem Eintritte des Vorkaufsrechtes auferlegten Lasten nicht beeinträchtigt wird, denn bei dem Kaufpreise werden diese Lasten berücksichtigt, der Vorkaufsberechtigte hat also einen um die Lasten geringeren Kaufpreis zu bezahlen, als er ohne die Lasten zu bezahlen hätte.

---

[29]) Mot. III, S. 449.
[30]) Mot. III, S. 451.
[31]) Mot. III, S. 450.
[32]) Planck, ad § 1098. — Dernburg II_2, § 197. — Lehmann, § 86, S. 244, Anm. 3. — Turnau-Förster, Vorbem. 3 vor § 1094, S. 472; Bem. III, ad § 1098. — Crome III, § 445: „Dem Wesen des V.-R. widerspricht die Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten, nicht aber jedwede Belastung.“ — Staudinger, ad § 1098: „Einen Anspruch darauf, daß er das Grundstück nur mit jenen Belastungen beschwert überkomme, die zur Zeit der Eintragung seines Vorkaufsrechtes bereits bestanden, hat der Vorkaufsberechtigte aber nicht.“ — Sekler, S. 284, ff. — Gierke II, § 154.

Gegen diese Begründung führt Immerwahr[33]) einige Beispiele ins Feld, an denen er nachweisen will, daß jede fernere Belastung des Grundstücks dem Vorkaufsrechte nachteilig sei. Eines von diesen Exempeln ist folgendes:

„Wenn jemand eine Fabrik auf freiem Felde anlegt und sich zwecks künftiger Vergrößerung ein dingliches Vorkaufsrecht am Nachbargelände sichert, der Verpflichtete aber letzteres verkauft, nachdem er inzwischen eine Wege- oder Weidegerechtigkeit auf längere Zeit daran bestellt hat, so kann diese Belastung dem Käufer unter Umständen ganz gleichgültig sein. Während sie also für diesen keinen Anlaß zur Herabminderung des Kaufpreises bildet, macht sie das Grundstück für den Vorkäufer wertlos. Dieser wird also geradeso wie der für seinen Auflassungsanspruch durch Vormerkung Geschützte nur nachzuweisen haben, daß eine nach Eintragung seines Vorkaufsrechts eingetragene Belastung ihm nachteilig ist, um alsbald nach Ausübung seines Rechts dieselbe zu beseitigen."

Immerwahr befindet sich hier meines Erachtens in einem Irrtum. Denn beim Vorkaufsrecht kann es sich doch nicht darum handeln, ob dem Vorkaufsberechtigten eine eingetragene Belastung „nachteilig" sei. Nach den Motiven[34]) soll doch das Vorkaufsrecht für den Berechtigten nicht eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen. Eine weitere Belastung ist nach § 883 B. G. B. nur dann unwirksam, wenn es den Anspruch des Berechtigten, auf Auflassung des Grundstückes vereiteln oder beeinträchtigen würde. In dem angeführten Beispiel und auch in dem weiteren auf S. 328 aufgeführten ist doch in keiner Weise ersichtlich, daß der Auflassungsanspruch des Berechtigten beeinträchtigt würde.[35]) Das Vorkaufsrecht kann in den vorstehenden Fällen ausgeübt werden und das ist die Hauptsache. Der Zweck des Vorkaufsrechts ist, zu verhüten, daß das mit demselben belastete Grundstück in andere Hände gelange. Der Zweck ist also, wie schon früher erwähnt, nicht der, dem Berechtigten eine wertvolle Leistung zu verschaffen; im Gegenteil, derselbe wird in der Regel in die Lage versetzt, mehr zu bezahlen als

[33]) Immerwahr, S. 328.
[34]) Mot. III, S. 451.
[35]) Turnau-Förster, ad § 1098: „Vereitelt oder beeinträchtigt wird das Vorkaufsrecht nur durch Uebertragung des Eigentums an Dritte."

eigentlich notwendig wäre, insbesondere wenn der Verpflichtete weiß, daß der Berechtigte ein großes Interesse an der Ausübung seines Vorkaufsrechtes hat. Sehr richtig sagt Enneccerus-Lehmann:[36]) „Der Inhalt des in § 1098, Abs. 2, festgelegten Anspruchs geht nicht dahin, daß der Vorkaufsberechtigte verlangen könne, das Grundstück nur mit denjenigen Belastungen beschwert zu erhalten, welche zur Zeit der Eintragung seines Vorkaufsrechtes bereits bestehen, also diesem im Range vergehen, vielmehr gewährt das Vorkaufsrecht seinem Wesen nach nur die Berechtigung, das Grundstück mit den Belastungen zu übernehmen, welche zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes vorhanden sind."

Crome[37]) äußert sich zu diesem Punkte:

„Der Ausdruck in § 1098, Abs. 2 darf nicht dazu verführen, das ganze Recht der Vormerkung in das dingliche Vorkaufsrecht hineinzutragen. Dies tut Immerwahr und gelangt zu Konsequenzen, die der Absicht des Gesetzgebers nachweislich entgegengesetzt sind; die Belastung, welche der Grund und Boden durch das dingliche Vorkaufsrecht erleide, werde vielfach überschätzt." (Prot. III, S. 757). — Sekler[38]) endlich sagt:

„Wird das Grundstück mit einem Rechte belastet, ehe der Fall des Vorkaufs eintritt, so ist für § 883, II kein Raum. Derartige Belastungen beeinträchtigen das Vorkaufsrecht nicht, weil der Kaufpreis in demselben Maße herabgedrückt wird, wie das Grundstück durch die Belastung entwertet ist."

Der Auflassungsanspruch des dinglichen Vorkaufsrechtes unterliegt im Gegensatz zum obligatorischen Vorkaufsrechte infolge seiner Eintragung der Verjährung nicht.[39])

Bendix[40]) meint, zur Sicherung des künftigen Auflassungsanspruchs sei auch auf Grund des persönlichen Vorkaufsrechts die Eintragung einer Vormerkung zulässig und stützt sich dabei auf § 883, Abs. I, Satz. 2. Durch das obligatorische Vorkaufsrecht sei ein künftiger Anspruch auf Auflassung gegeben und daher die Eintragung ins Grundbuch zulässig.[41]) Meiner Ansicht nach dürfte

[36]) Enneccerus-Lehmann II, § 86.
[37]) Crome III, § 445.
[38]) Sekler: „Die Lehre von der Vormerkung." München 1904.
[39]) B. G. B., § 902.
[40]) Bendix; Jur. W.-Sch. 1904. Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung.
[41]) Planck: Vorbem., ad § 1094, steht auf gleichem Standpunkt.

einer derartigen Eintragung nichts im Wege stehen; denn § 387 der „Bayrischen Dienstanweisung für die Grundbuchämter" sagt, daß die Eintragung einer Vormerkung insbesondere zum Gegenstande haben kann die Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Vorkaufsrechts an einem eingetragenen Grundstück.[42]) Dann sprechen doch auch die Motive[43]) davon, daß der obligatorisch Berechtigte in der Lage sei, durch eine hypothekarisch sicher zu stellende Konventionalstrafe sein Interess an der Nichtverletzung des Veräußerungsverbotes zu schützen.

Daß dem Dritten gegenüber dem Berechtigten alle Einwendungen zustehen, die der Vorkaufsverpflichtete hat, ist selbstverständlich. Dies sprach der Entwurf I, § 955 wörtlich aus, wurde aber in der zweiten Lesung als überflüssig gestrichen.[44])

Wie schon erwähnt, treten beim obligatorischen Vorkaufsrecht zwischen dem Berechtigten und dem Käufer keinerlei Beziehungen in Kraft, da durch die Eigentumsübertragung an den Käufer jedwedes obligatorische Vorkaufsrecht erlischt. Beim dinglichen Vorkaufsrechte ist das Gleiche der Fall, solange das Eigentum des belasteten Gegenstandes noch nicht auf den Dritten übergegangen ist. Ist jedoch der Dritte Eigentümer geworden und übt der Berechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so kommen dieser und der Dritte in Berührung. Es treten an den Berechtigten gewisse Verpflichtungen dem Dritten gegenüber heran, und diesem stehen jenem gegenüber bestimmte Rechte zu.

Der neue Eigentümer kann demnach die ihm zustehende Consenserteilung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer ins Grundbuch solange verweigern, bis ihm der vereinbarte Kaufpreis, soweit er schon gezahlt wurde, zurückerstattet ist. Des weiteren hat er, wenn der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer verlangt hat, unter den gleichen Voraussetzungen ein Retentionsrecht am Grundstück. Von dem Berechtigten kann natürlich nur der von dem ersten Käufer berichtigte Kaufpreis verlangt werden, was für die Rechtsnachfolger des ersten Käufers von Wichtigkeit ist.[45]) Bezüglich der Ansprüche wegen Verwendungen etc. des Dritten, sowie bezüglich seiner Haftung für Ver-

---

[42]) a. M. Turnau-Förster, Bd. I, S. 168 u. 173. — Kretzschmar I, S. 204 ff. u. II, S. 369 ff. — Böhm, S. 138.

[43]) Mot. III, S. 448.

[44]) Prot. III, S. 763.

[45]) B. G. B., § 1100.

schlechterung des Grundstücks oder dessen Untergang sind in Ermangelung besonderer Bestimmungen die Vorschriften des § 292 B. G. B. anzuwenden.[46]) Durch die Zahlung des Kaufpreises von Seiten des Berechtigten an den Dritten, bzw. dessen Rechtsnachfolger wird ersterer natürlich von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises befreit.[47]) Andrerseits wird der Käufer, sobald sein Eigentum durch Geltendmachung des Vorkaufsrechtes verloren gegangen ist und soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei. Den bereits bezahlten Kaufpreis kann er nicht vom Verpflichteten, sondern einzig und allein nur von dem Berechtigten[48]) verlangen. Ist das Eigentum auf den Käufer nicht übergegangen, so kommen die allgemeinen Grundsätze über die gegenseitigen Verträge zur Anwendung.[49])

Für Klagen, in welchen Ansprüche aus einem dinglichen bezw. obligatorischen Vorkaufsrechte geltend gemacht werden, ist bei ersterer Art von Vorkaufsrecht, sowie bei persönlichem Vorkaufsrecht an Grundstücken das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig, wobei die Lage des belasteten Grundstückes entscheidend ist. (§ 24 Z. P. O.). Bei Klagen bezüglich Ansprüchen aus einem obligatorischen Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen kommen die allgemeinen Grundsätze über den Gerichtsstand zur Anwendung.

[46]) Staudinger III, ad 1100. — Neumann, ad § 1100. — Oberneck I, S. 597. — Planck, ad § 1100 a. A. sind Fuchs „die Vorschriften der §§ 1100—1103 sind ohne weiteres anzuwenden.“ — Turnau-Förster, § 1100, will die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung anwenden; ebenso Biermann, ad § 1100—1102. — Immerwahr, S. 338. Der Käufer haftet für Verschlechterung; Ersatz wegen Verwendungen kann er nur nach Maßgabe des § 994 Abs. 2, verlangen. Gerät der Käufer nach Ausübung des Vorkaufsrechtes in Konkurs, so hat der Vorkaufsberechtigte natürlich stets ein Aussonderungsrecht. — Siehe auch Mot. III, S. 445.

[47]) B. G. B., § 1101. — Dernburg II_2, § 197, VI.

[48]) B. G. B. § 1102. — Planck, ad § 1102. — Dieser sagt zu der im genannten Paragraphen festgelegten Bestimmung richtig noch weiter, „daß sich dieselbe lediglich auf das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem vorkaufsverpflichteten Verkäufer bezieht, nicht auch auf das Verhältnis zwischen dem Käufer und demjenigen, an welchen dieser etwa weiter verkauft hat. — Biermann, ad §§ 1100—1102. — Staudinger, ad § 1102. — Fuchs, ad § 1102. — Turnau-Förster, ad § 1102. — Crome, § 445, 5, b. — Dernburg II_2, § 197, VI.

[49]) B. G. B. § 440, § 320 ff., bes. §§ 325/26. — Planck, ad § 1102. — Biermann, ad §§ 1100—1102.

Die juristische Konstruktion des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Nach den Motiven[1]) zum B. G. B. besteht das obligatorische Vorkaufsrecht in einem persönlichen Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten, ihm beim späteren Verkaufe des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Gegenstandes als Käufer unter den gleichen Bedingungen den Vorzug einzuräumen, „falls er in den Kauf eintreten will.“ Es handelt sich aber, wie schon früher gezeigt wurde, nicht um einen Eintritt in einen abgeschlossenen Kauf, sondern um den Abschluß eines neuen Kaufes zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten.

Das dingliche Vorkaufsrecht[2]) entspricht inhaltlich genau dem obligatorischen, unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß es durch die Verdinglichung seine Wirkung nicht bloß auf den durch die Obligation gebundenen Personenkreis beschränkt, sondern auch auf jeden Dritten erstreckt. Es stellt sich, wie die Motive sagen, als Grundstücksbelastung dar, unterscheidet sich aber hauptsächlich durch seinen Zweck, dann aber auch durch seinen Inhalt von allen andern Grundstücksbelastungen.[3])

Tritt der Vorkaufsfall ein, so besteht für beide Vorkaufsrechte die gemeinsame Bestimmung[4]), daß die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch einfache Erklärung gegenüber dem Verpflichteten

---

[1]) Mot. II, S. 346/47.

[2]) Mot. III, S. 450/51.

[3]) Das dingl. Vorkaufsrecht gilt seiner rechtlichen Natur nach als eine besondere Art einer Grundstücksbelastung. Seine Grundlage ist und bleibt aber das obligat. begründete Vorkaufsrecht. Zur persönlichen Forderung des Berechtigten tritt akzessorisch die dingl. Haftung des Grundstückes hinzu. Es ist also weder ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot (was gemeinrechtl. vielfach angenommen wurde. D. Verf.). — Staudinger, ad § 1094.

Planck III., Vorbem.: Das dingliche Vorkaufsrecht enthält immer auch das obligatorische Vorkaufsrecht. Es ist eine Belastung des Grundstücks.

Crome III, § 445: Das dingl. Vorkaufsrecht beruht auf einem Vertrag, dem obligatorischen Vorkaufsgeschäft. Dem folgt dann schließlich die Eintragung des dinglichen Rechtes ins Grundbuch.

[4]) B. G. B., § 505 u. § 1098.

erfolgt. Durch gesetzesmäßige Abgabe dieser Erklärung ist demnach der neue Kauf unter den zwischen Verpflichtetem und Drittem vereinbarten Bedingungen perfekt geworden. Ueber die juristische Konstruktion der Erklärung, die an und für sich weiter nichts ist, als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die den einschlägigen Bestimmungen des B. G. B.[5]) unterliegt, und der der Erklärung vorausgehenden Bestellung des Vorkaufsrechtes, wird viel gestritten.

Eine Dissertation „Zur Lehre vom Vorkaufsrecht"[6]) behauptet, daß nach B. G. B. durch die Ausübung des Vorkaufsrechts kein Vertrag zustande komme zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten. Nach einer langen Ausführung über das Wesen des Vertrages heißt es dann weiter: „Wir glauben, daß nichts klarer zu Tage tritt, als daß zur Hervorhebung dieses Kaufes nur ein Wille nötig ist, nämlich der des Berechtigten, eine Mitwirkung des Verpflichteten ist durchaus nicht nötig." Katz kommt dann zu dem Schlusse, daß im B. G. B. lediglich eine Ungenauigkeit der Fassung vorliegt; besser als „Kauf" hätte man sich ausgedrückt „ein den Regeln des Kaufs unterliegendes Rechtsverhältnis." Es ist das eine ganz eigenartige Auffassung, die sonst von niemandem geteilt wird. Es herrscht allgemein die Ansicht, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein Vertrag zustande komme zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten. Schließlich meint Katz, „es könne auch kein bedingter Kauf vorliegen." Daß man in der Ausübungserklärung allein keinen bedingten Kauf erblicken kann, ist doch klar. Die Bestellung des Vorkaufsrechts aber, die doch jeder Ausübungserklärung vorausgehen muß, kommt bei Katz anscheinend gar nicht in Betracht; er erwähnt sie wenigstens bei seiner Erläuterung über die juristische Konstruktion des Vorkaufsrechts, die er mit „Wirkungen des Vorkaufsrechts" überschreibt, mit keinem Worte.

Abgesehen von dieser Meinung, sind die einen[7]) der Ansicht, daß in der Bestellung des Vorkaufsrechtes ein auf Abschluß des Vorkaufs gerichteter Vertragsantrag des Verpflichteten liege, an

[5]) B. G. B., §§ 116 ff., bes. 130.

[6]) Katz, Dissertation, Erlangen, § 12.

[7]) Planck: Vorbem. z. Vork.-R. u. ad § 497 B. G. B.; ähnl. Endemann I, § 163. — Jäger, Diss., § 10, S. 93: Der Entwurf z. B. G. B. erkennt meines Erachtens eine obligatio ad contrahendum an, aber mit der positiven Bestimmung, daß in dem das Vorkaufsrecht begründenden

der der Vorkaufsberechtigte durch die im § 510 B. G. B. festgesetzte Frist gebunden ist und der durch die Ausübungserklärung dann zustande komme.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß nicht der Vorkaufsberechtigte an den Vertragsantrag gebunden ist — steht es ihm doch frei, jederzeit zu Gunsten des Verpflichteten zurückutreten, — sondern daß der Verpflichtete bei Schadensersatz gebunden ist, den Ablauf der Frist abzuwarten. Im übrigen versagt diese Theorie vollständig, wenn es sich um ein dingliches Vorkaufsrecht handelt. Durch Bestellung eines persönlichen Vorkaufsrechtes an einem Grundstücke und durch Verdinglichung desselben mittelst Eintragung ins Grundbuch ist doch schon ein vollendeter Vertrag gegeben. Stellt doch das Ganze eine dingliche Belastung des Grundstückes dar. Man kann hier nicht mehr gut von einem Vertragsantrag sprechen. Die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums in einem später eintretenden Falle ist doch schon jetzt festgelegt, was ja auch in der Wertminderung des belasteten Grundstücks zum Ausdruck kommt. Das Recht des Vorkaufs eines bestimmten Gegenstandes unter gewissen Voraussetzungen besteht unbedingt schon mit der Bestellung des Vorkaufsrechtes und nicht erst im Falle der Ausübung.

Eine weitere Meinung ist die von Dernburg[8]), wonach die Vereinbarung des Vorkaufsrechtes einen Vorvertrag auf Abschluß des Vorkaufs[9]), bei dem die Einwilligung des Verpflichteten vom Gesetz ergänzt wird, darstellen soll. Dazu ist zu sagen: Man hat sich vor allem vor Augen zu halten, aus welchem Grunde ein Vorkaufsrecht in der Regel bestellt wird. Der Hauptzweck desselben, wie wir aus den Motiven[10]) ersehen, geht nicht dahin, dem

---

Rechtsgeschäfte zugleich ein Vertragsantrag liegt, der vom Abschlusse des Kaufvertrages an mit einem Dritten wirksam ist und für den als Annahmefrist bestimmt ist: im Falle der Anzeige die vereinbarte oder gesetzliche Ausübungsfrist, sonst aber die gewöhnliche Verjährungsfrist (die beim dinglichen Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist. D. V.). Derselbe, S. 93, Anm. 13: Der Gesetzgeber fingiert also eine Offerte.

[8]) Dernburg II, § 196, S. 90 u. 92.

[9]) Bezügl. des Vorkaufs im gemeinen Recht siehe Jaeger, S. 91. — Burdorff: „Ist die rechtl. Natur des oblig. Vorkaufsrechts und Wiederkaufsrechts im B. G. B. geändert gegenüber dem gemeinen Recht?“ Diss., Erlangen, S. 9 ff.: Soweit das Vorkaufsrecht auf Vertrag beruht, zeigt sich dieser als ein pactum de contrahendo (Vorvertrag) und zwar, da er einen Kaufvertrag zum Gegenstande hat, als ein pactum de vendendo.

[10]) Mot. III, S. 450.

Berechtigten das Eigentum zu verschaffen, sondern einen Eigentumswechsel zu verhüten. Mit der dinglichen Bestellung des Vorkaufsrechtes ist also der Zweck erreicht, das Vorkaufsrecht geschaffen[11]), dem allenfallsigen Uebergang des Eigentums des belasteten Grundstücks wirksam entgegengetreten. Es ist hier ein selbständiger Vertrag, kein Vorvertrag, gegeben.

Durch den Verkauf an einen Dritten und durch die Ausübungserklärung kommt der schon jetzt geschlossene Vertrag, dessen nähere Bestimmungen Dritten überlassen sind, zur Geltung. Es kann sich also nur um einen mit aufschiebender Bedingung geschlossenen Vertrag handeln. Und in der Tat steht die Mehrzahl der Gelehrten auf diesem Standpunkt. Crome[12]) sagt: „Die Vereinbarung des Vorkaufsrechtes hat nicht den Charakter eines Vorvertrags,[13]) ebensowenig eines Vertragsantrags, sondern in der Vereinbarung des Vorkaufsrechts liegt ein bedingter Verkauf des Gegenstandes an den Vorkaufsberechtigten, abhängig einmal davon, daß dieser Gegenstand von einem Dritten verkauft wird, sodann von der nunmehr nach freier Entschließung abzugebenden Erklärung des Vorkaufsberechtigten, daß er sein Recht ausübe. Nicht anders ist es, wenn das Vorkaufsrecht auf einem Vermächtnisse beruht. Denn dadurch wird dem Beschwerten auferlegt, sich unter den eben erwähnten Bedingungen wie

---

[11]) Stobbe-Lehmann: „Wenn der deutsche Entwurf die Wirkung des Vorkaufsrechtes Dritten gegenüber als die einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums bezeichnet, wird auch darin anerkannt, daß das dingliche Vorkaufsrecht bereits vor dem Verkaufe besteht."

[12]) Crome, Bd. II, S. 494.

[13]) Crome, Bd. II, S. 494, Anm. 11: Der Vorvertrag erklärt nicht, daß der Vorkauf durch einseitige, formlose Erklärung des Vorkäufers zustande gebracht werden kann.

[14]) Bezüglich des Näherrechts steht Gierke auf dem gleichen Standpunkt: „Das Näherrecht wird keineswegs erst durch die Veräußerung begründet, sondern nur die Bedingung für seine Geltendmachung verwirklicht. Das Näherrecht besteht also schon vorher als ein das Eigentum beschränkendes, dingliches Recht." — Stobbe-Lehmann sagt: „Der Retrakt beruht auf einem dinglichen Rechte und zwar auf einem dinglichen Aneignungsrechte, das als suspensiv bedingtes, dem Retrahenten bereits vor der Veräußerung seitens des bisherigen Besitzers zusteht. Goldschmidt, Zeischrift für das gesetzl. Handelsrecht, Erlangen 1858, S. 273 sagt: „Das Vorkaufsrecht scheint vom Wiederverkaufsrecht nur insoferne verschieden, als zwar der Kaufberechtigte nicht mehr, der Verkäufer aber weniger als in unserem Falle gebunden ist. Der Vertrag ist auf beiden Seiten bedingt, auf Seiten des Ersteren durch dessen reine Willkür, auf Seiten des Letzteren durch eine in dessen Willkür stehende Handlung."

ein Käufer behandeln zu lassen.“ Oertmann[15]) teilt die gleiche Ansicht, indem er sagt: „Nach meiner Meinung liegt das eigentlich konstitutive Moment für die durch Ausübung des Vorkaufsrechtes hervortretende Gerechtsame, ähnlich wie beim Wiederkauf, in dem alten Kaufvertrag, genauer in einem ihm von vorneherein beigefügten actus contrarius. Nur steht dieser hier, nicht wie beim Wiederkauf, unter einer, sondern unter 2 Bedingungen.“

Den Bestimmungen des B. G. B. scheint, wie Staudinger richtig sagt, die Unterstellung eines bedingten Kaufvertrages am meisten zu entsprechen. Schon die positive Bestimmung, daß die Ausübungserklärung formlos abgegeben werden kann, spricht dafür. Denn ein Vorkaufsvertrag über ein Grundstück bedarf zweifellos der notariellen Beurkundung, um eine Verpflichtung herbeizuführen. Diese notarielle Beurkundung kann aber nur erfolgen bei Bestellung des Vorkaufsrechtes. Damit ist also der Vertrag geschlossen. Die Ausübungserklärung ist selbstredend erforderlich, um das bereits bestellte Recht geltend zu machen. Diese Erklärung ist weiter nichts als eine einseitige, empfangsbedürftige Willensäußerung, durch deren Abgabe das bereits bestellte Vorkaufsrecht zur Wirksamkeit kommt, sobald der Verkauf mit dem Dritten abgeschlossen ist. Auch die Protokolle[16]) rechnen damit, daß man zu der Auffassung gelangen könne, in der Einräumung des Vorkaufsrechtes ein bedingtes

---

[15]) Vorbem. ad § 504. Ebenso Enneccerus-Lehmann, S. 621, § 253: „Die Ausübung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Diese bedarf, da sie nur Erfüllung einer Bedingung ist etc.“ — Staudinger, Vorbem. II, ad § 504: „Den Bestimmungen des B. G. B. wird offensichtlich jene Anschauung am meisten gerecht, die auch hier einen aufschiebend bedingten Kauf annimmt, wobei die Bedingung in dem Verkaufe an einen Dritten und der Erklärung des Berechtigten liegt.“ Immerwahr vertritt den gleichen Standpunkt. — Schollmeyer, Einz. Schuldv., S. 42, spricht von einem durch die Weiterveräußerung seitens des Käufers bedingten Einlösungsrecht. Langheinecken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen B. G. B., S. 7: „Will man für die vor und nach Ausübung des Vorkaufsrechtes bestehende rechtliche Sachlage eine einheitliche Formel aufstellen, so liegt es am nächsten, die Vereinbarung einer solchen Befugnis als einen bedingten Kauf zu interpretieren, bedingt nämlich durch die Ausübung der Befugnis. Nur scheint mir mit dieser Formulierung nicht viel gewonnen zu sein. Sie versagt überdies für den Fall, daß etwa ein Vorkaufsrecht durch Vermächtnis angeordnet ist. Mit dieser letzten Behauptung stellt sich Langheinecken in Gegensatz zu Crome, Bd. II, S. 494.

[16]) Prot. II, S. 99.

Kaufgeschäft zu erblicken. Der Umstand, daß die Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten bei der Begründung des Vorkaufsrechtes noch ungewiß sei, stehe dieser Auffassung nicht entgegen, da, wenn die Bedingung eingetreten sei, der Inhalt der Verpflichtung aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrage sich entnehmen lasse.

Die Form der Bestellung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Bei der Form des Bestellungsvertrages des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechtes kommt besonders die Tatsache zur augenscheinlichen Geltung, daß in jedem dinglichen Vorkaufsrecht zugleich auch ein obligatorisches enthalten ist. Demnach muß für beide Vorkaufsrechte die Begründungsform, soweit es sich um Grundstücke und diesen gleichgestellte Rechte handelt, die gleiche sein. Diese Formfrage ist eine vielumstrittene.

Die Kommission war zuerst der Meinung,[17]) der Formzwang für die Bestellung eines Vorkaufsrechtes an einem Grundstück sei nicht nur für diese selbst, sondern sogar auch für die Ausübungserklärung einzuführen. Man ist aber aus verschiedenen Gründen von einer derartigen Erweiterung abgekommen und hat in der Erwägung, daß durch die in § 350 geforderte gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines an einem Grundstück eingeräumten Vorkaufsrechts der Hauptzweck des Formzwanges, nämlich geschäftsunkundige und unerfahrene Parteien bei der Veräußerung von Grundstücken vor Uebereilung zu schützen, erreicht sei. Die herrschende Meinung bejaht die Frage der Formerfordernis.

Was nun das obligatorische Vorkaufsrecht betrifft, so ist da zu sagen, daß dasselbe bei seiner Bestellung im allgemeinen keiner Form bedarf. Nur wenn es sich um ein Grundstück oder ein diesem gleichgestelltes Recht handelt, greifen die Vorschriften § 313 B. G. B. Platz, wonach ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Tritt nun der Fall ein, daß das Vorkaufsrecht in Wirkung kommt, daß also durch die Ausübungserklärung des Berechtigten der neue Vertrag zwischen ihm und dem Verkäufer perfekt wird, so wäre dieser Vertrag, wenn man Formerfordernis verneinte, ohne Form zustande gekommen, was aber den gesetzlichen Bestimmungen direkt widerspricht. Es bleibt also nichts anderes übrig, um den Vorschriften des B. G. B. nachzukommen, der Formerfordernis schon bei Bestellung des Vor-

---

[17]) Prot. II., S. 98 ff.

kaufsrechtes gerecht zu werden. Diese Formerfordernis ist indes auch ohne weiteres anzuerkennen, wenn man, wie ich, in der Begründung des Vorkaufsrechtes einen bedingten Kauf erblickt. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet sich im Falle des Eintritts der Bedingung zur Eigentumsübertragung an den Berechtigten, so daß auf einen derartigen Vertrag ohne Bedenken die Vorschriften des § 313 angewendet werden können. Die Protokolle[18]) bestätigen diese Ansicht, indem sie sagen: „Zu dieser Auffassung der Formerfordernis gelange man auch dann, wenn man in der Einräumung eines Vorkaufsrechtes ein bedingtes Kaufgeschäft erblicke; denn nach Eintritt der Bedingung sei die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes nicht von der wiederholten Erfüllung einer Form abhängig, wenn diese bereits bei Begründung des bedingten Rechtsgeschäftes beobachtet worden sei.“ Weitaus die Mehrzahl der Gelehrten steht auf diesem Standpunkte.[19]) Nur vereinzelte Stimmen lassen sich

---

[18]) Prot. II, S. 99.

[19]) Immerwahr S. 294. — Planck II, Vorb. 1, ad § 504. — Crome II, § 228: „Wohl bedarf der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form die ursprüngliche Vereinbarung der Parteien über die Begründung des Vorkaufsrechts.

Dernburg II_2, § 196, der nicht einen bedingten Kauf, sondern einen Vorvertrag annimmt, sagt: „Die Vereinbarung über das Vorkaufsrecht bedarf der Form, welche für den Verkauf des Gegenstandes erforderlich wäre, insbesondere also nach § 313 bei Grundstücken der gerichtl. oder notariellen Beurkundung.

Biermann, ad § 1094: „Der Vertrag zur Einräumung des Vorkaufsrechts bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. § 313 Satz. 1.

Maenner, § 58, läßt es beim obligatorischen Vorkaufsrecht unentschieden, ob der Vertrag über Einräumung desselben unter § 313 B. G. B. fällt.

Fuchs, ad § 1094, No. 3: „Der dingliche Vertrag hat die Sonderheit, daß er eine obligatorische, bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung involviert. § 1098, Abs. 1. Er fällt daher unter den § 313 B. G. B. und verlangt zu seiner Wirksamkeit ebenso der gerichtl. oder notariellen Beurkundung, wie das obligatorische Grundgeschäft.

Seuffert-Archiv, Bd. 56, No. 72: „Die Einräumung eines Vorkaufsrechtes durch Vertrag bedarf, da sie eine durch die Ausübung des Rechts bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet, sofern sie ein Grundstück betrifft, nach § 313 B. G. B. gerichtl. oder notarieller Beurkundung. Denn auch die bedingte Verpflichtung ist eine Verpflichtung und die Begriffserfordernisse des Rechtsgeschäfts müssen im Moment seiner Errichtung vorhanden sein.

Enneccerus-Lehmann I, § 253, der einen bedingten Kauf annimmt, scheint durch Verweisung auf seine Darlegungen über Wiederkauf, wo er Formerfordernis vertritt, auf dem gleichen Standpunkt zu stehen.

Oertmann, Vorbem. ad § 504: „Der auf Einräumung eines Vorkaufsrechts gerichtete (selbständige oder einem ersten Verkauf beigefügte) Vertrag benötigt der etwaigen Form des Veräußerungsgeschäftes.

Neumann, Vorb. ad § 504, der ebenfalls einen bedingten Vertrag zu Grunde legt, sagt: „Der auf Einräumung des Vorkaufsrechtes bezüglich

gegen diese Auffassung vernehmen.[20]) Darunter befindet sich auch das Reichsgericht.[21]) Dieses verneint ganz entschieden die Formerfordernis mit den Worten: „Da eine Verpflichtung zum

---

eines Grundstückes gerichtete Vertrag bedarf gemäß § 313 gerichtl. oder ntoarieller Beurkundung.“

Staudinger III, § 1094, Bem. 2: „Der auf die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes gerichtete obligatorische Vertrag bedarf der in § 313 B. G. B. vorgeschriebenen Form.“

Scherer J. W. Sch. 1900, S. 889 stellt sich entgegen der Reichsgerichtl. Entscheidung auf den Standpunkt der bereits zitierten Entscheidung des Jenenser O. L. G., das die reichsgerichtliche Entscheidung ignoriert hat. Die gleiche Ansicht vertritt Scherer in seinem Kommentar, Buch II, Abschn. VII, S. 612/13, wo er den Standpunkt der Motive anführt: „Nach den Motiven der 2. Kommission bedürfen Verträge, durch welche das Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, nach § 313 B. G. B. (= § 265 Entw. II, § 351 Entw. I) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Giercke II, § 154 erachtet gleichfalls die Formerfordernis für gegeben, da er in Anm. 14 bezügl. des Verhältnisses des dingl. Bestellungsaktes zu der Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechtes auf Immerwahr, S. 293 ff. verweist.

Matthias I, § 110: „Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form, wohl aber bedarf der Vertrag, durch den das Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wurde, nach § 313 der Form.

[20]) Thiele, Zeitschr. d. d. Notarver. 2, S. 318/321. — Endemann, § 162: „Thiele ist zuzugeben, daß der Rechtsgrund der Formvorschr. des § 313, den Eigentümer vor Eingehung übereilter Verpflichtungen zur Veräußerung seines Grundstücks zu bewahren hier nicht zutrifft. Die durch die Formerschwerung erstrebte Garantie wird durch die Voraussetzung des formgiltigen Vertragsschlusses mit dem Dritten gewährt. Damit wird der Grund zur Veräußerung geschaffen, wem der Eigentümer verkauft, ist dem Gesetz gleichgiltig.“ — Kuhlenbeck, J. W. Sch., Bd. 30, S. 388 ff. bekämpft die Entscheidung des O. L. G. Jena v. 28. VIII. 1900, welche die Formerfordernis verlangt. Er weist hin, daß es sich hier nicht um einen Vertrag im Sinne des § 313 handelt, durch welchen sich etwa der Vorkaufsverpflichtete verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, sondern lediglich einen Kontrahierungszwang begründet, bezw. nach der Planck’schen Konstruktion eine Vertragsofferte darstellt. — Oberneck, § 100, Anm. 3: „Der obligatorische Vertrag auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes bedarf nicht gerichtlicher oder notarieller Form, denn § 313 B. G. B. bezieht sich auf den Vertrag, durch den das Eigentum übertragen werden soll, nicht aber auf Bestellung begrenzter Rechte. — Zeitschr. f. Schweizer Recht, Bd. 32, beantwortet die Frage: „Bedarf die Einräumung des Vorkaufsrechtes an einer Liegenschaft der notariellen Form wie ein Liegenschaftsverkauf?“ mit nein und fährt weiter: Der § 2, Ziff. 1 des Gesetzes v. 26. VI. 1882 betr. Einführung des eidgenössischen Obligationenrechts, welcher lautet: „Verträge über Kauf und Tausch von Liegenschaften, ebenso andere Verträge, welche die Uebertragung des Eigentums oder dingl. Rechte an einer Liegenschaft zum Zwecke haben, bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Abfassung durch einen Notar“ komme hier nicht in Betracht, da das Vorkaufsrecht seinem Inhalte nach nicht die Uebertragung des Eigentums an einer Liegenschaft zum Zwecke habe. Es enthält vielmehr nur eine obligatorische Verpflichtung, beim Verkaufe seiner Liegenschaft dem Berechtigten den Vorzug zu geben vor anderen Käufern.

[21]) R. G. E.: Bd. 60, No. 54, S. 225 ff — Seuffert Archiv VI, No. 53, S. 93.

Abschlusse des Kaufvertrages als Folge des Vorkaufsrechts gegen den Verpflichteten nicht eintritt, wird durch den Abschluß des Vorkaufs allein auch keine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründet. Diese Verpflichtung entsteht erst mit dem Abschlusse des Kaufvertrages. Nur der Kaufvertrag unterliegt deshalb dem Formzwange des § 313.“ Dieser Begründung des Reichsgerichts tritt wirksam entgegen ein Artikel in der juristischen Wochenschrift[22]) von Rechtsanwalt Dr. Arn. Meyer in Erlangen. Dieser sagt: „Es ist richtig, daß durch den Abschluß des Vorkaufsvertrages allein keine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründet wird; es ist auch richtig, daß diese Verpflichtung erst mit dem Abschlusse des Kaufvertrages entsteht — aber die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an den Vorkaufsberechtigten entsteht nicht durch den Kaufvertrag allein, sondern durch den Kaufvertrag in Verbindung mit dem Vorkaufsvertrag. Denkt man sich den Vorkaufsvertrag hinweg, so entsteht eben keine solche Verpflichtung. Der Vorkaufsvertrag ist ein unausschaltbares Glied in der Kette, die eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten herbeiführt. Der Vorkaufsvertrag ist ein wesentlicher Bestandteil des definitiven Vertrags, der die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten begründet: Dieser definitive Vertrag wird aus dem Kaufvertrag und dem Vorkaufsvertrag gebildet. Ist aber der Vorkaufsvertrag Bestandteil eines Vertrags, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, so bedarf er auch der Form des § 313 B. G. B. Die Folgerung des Reichsgerichts dürfte darnach nicht haltbar sein.“ Damit hat Meyer auch für diejenigen, welche nicht, wie ich, einen bedingten Kaufvertrag annehmen, das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bei der Einräumung des obligatorischen Vorkaufsrechtes nachgewiesen.[23]) Im übrigen besteht eine gegenteilige Entscheidung des Reichsgerichts,[24]) welche also lautet:

---

[22]) J. W. Sch. 1900, S. 186.

[23]) Damit ist auch die Ansicht in der R. G. E., Bd. 16, S. 155 vom Jahre 1886 hinfällig, welche die Frage: „Hat ein Gesetz, welches die Verbindlichkeit eines Kaufvertrages von der Beobachtung einer vorgeschriebenen Vertragsform abhängig macht, zur Folge, daß diese Vertragsform auch für den Abschluß eines ein Vorkaufsrecht einräumenden Vertrages erforderlich ist?“ verneint.

[24]) R. G. E., Bd. 59, S. 132/33.

„Der Vorkaufsvertrag (§ 504 B. G. B.) ist auch, soweit er ohne dingliche Wirkung (§ 1094 B. G. B.) abgeschlossen wird, ein Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, sein Eigentum an dem Grundstück, an welchem das Vorkaufsrecht bestellt wird, zu übertragen, und daher finden auf denselben die Vorschriften des § 313 B. G. B. Anwendung. Dies wurde auch von der Kommission für die 2. Lesung des B. G. B. ausdrücklich anerkannt und eben deshalb in § 505 Abs. 1 die Anwendung des § 313 B. G. B. auf die Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechtes für überflüssig erachtet.“ Außerdem bejaht das Reichsgericht in einer Entscheidung[25]) vom Jahre 1883 eine Frage, welche auf unsern Fall zugeschnitten erscheint. Die Frage ist die: „Muß, wenn ein Gesetz die Giltigkeit eines Veräußerungsvertrages über Liegenschaften an die Beobachtung einer bestimmten Schriftform knüpft, diese Form auch bei bloß vorbereitenden Verträgen und für alle Modalitäten des Vertrages gewahrt werden?“

Bei dieser Gelegenheit ist auch die Frage in Erwägung zu ziehen, wie es mit dem durch Vermächtnis begründeten Vorkaufsrechte an einem Grundstück steht, ob auch da gerichtliche oder notarielle Beurkundung möglich und nötig ist. Wenn man mit mir der Ansicht ist, daß durch Legat nicht das Vorkaufsrecht als solches bestellt wird, sondern nur ein Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Begründung eines Vorkaufsrechtes entsteht, so muß man diese Frage unbedingt bejahen. Dadurch wird auch die von manchem vertretene Ansicht, daß die Konstruktion eines bedingten Kaufes nur beim vertragsmäßigen, nicht aber beim legierten Vorkaufsrecht zu rechtertigen sei, hinffällig.[26])

Da nun im dinglichen Vorkaufsrecht, wie schon erwähnt, stets ein obligatorisches Vorkaufsrecht enthalten ist, so unterliegt auch die Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechtes den Bestimmungen des § 313, so daß auch ein derartiger Vertrag

---

[25]) R. G. E., Bd. 10, S. 122, Jahrgang 1883; ferner R. G. E. Bd. 67, No. 13, S. 42 ff.

[26]) Auch Fuchs, S. 344, sagt: Das Vermächtnis begründet für den Bedachten nur einen Anspruch auf rechtgeschäftliche Bestellung durch den Erben. — Immerwahr, S. 296 unterscheidet hier zwischen dinglichem und persönlichem Vorkaufsrecht. Während er letzteres durch bloßes privatschriftliches Testament entstehen läßt, beansprucht er für ersteres stets formelle dingliche Einigung, was ja von seinem Standpunkte aus ganz richtig ist, da er durch Legat nicht einen Anspruch auf Einräumung des persönlichen Vorkaufsrechtes entstehen läßt, sondern dieses selbst als begründet erachtet.

gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß. Beide Vorkaufsrechte stimmen also soweit überein. Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich aber vom obligatorischen wieder insoferne, als diese Formerfordernis des § 313 ersetzt werden kann durch die formelle dingliche Einigung und Eintragung ins Grundbuch gemäß § 873 B. G. B. Andrerseits kann aber auch die formelle dingliche Einigung im Interesse von Kosten- und Stempelersparnis wegfallen, sobald die Erfordernisse des § 313 gegeben sind. Schließlich ist aber sogar theoretisch eine vollständig formlose Einräumung des dinglichen Vorkaufsrechtes möglich, da durch die darauffolgende Eintragung ins Grundbuch[27]) jeglicher Formmangel geheilt wird. Durch positive Bestimmung der Grundbuchordnung aber ist praktisch die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechtes bei gleichzeitiger Formlosigkeit des dinglichen und persönlichen Vertrages nicht gestattet, so daß auch für die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechtes die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gefordert werden muß.[28])

---

[27]) B. G. B., §§ 313_2 und 873_2.

[28]) Planck, Vorbem. ad § 1094: „Für die Begründung des dingl. Vorkaufsrechtes sind lediglich die im § 873 bestimmten Erfordernisse maßgebend. Der auf Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes gerichtete obligatorische Vertrag bedarf nach § 313 der gerichtl. oder notariellen Beurkundung. Die Vorschriften des § 313, Abs. 2, werden wohl auf das dingl. Vorkaufsrecht dahin zu übertragen sein, daß dem formgerechten dinglichen Bestellungsvertrag (§ 873) in Verbindung mit der Eintragung des Vorkaufsrechtes in das Grundbuch die Wirkung der Heilung des Mangels, an welchem das obligat. Kausalgeschäft leidet, zukommt."

Immerwahr, S. 294 ff., teilt die gleiche Ansicht.

Biermann, ad § 1094, steht auf dem nämlichen Standpunkt, meint aber, es sei zweifelhaft, ob die unzureichende Form des obligat. Vertrages durch die auf Grund der dingl. Einigung erfolgte Eintragung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch geheilt wird. Dies werde mit Rücksicht auf die sich sonst ergebenden Schwierigkeiten angenommen. Ebenso

Staudinger, ad § 1094; ferner: Fuchs, ad § 1094.

Andrer Ansicht ist Oberneck, R. G. R., § 100, Nr. 3. — Thiele, Zeitschr. d. d. Notarvereins, Bd. 2, S. 318; dann Männer, § 58; dieser sagt: „Eine besond. Form für diese Einigung ist nicht vorgeschrieben, insbes. nicht für die Auflassungsform; denn es handelt sich nicht um eine bedingte Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück. Auch der Vertrag, durch welchen sich der Eigentümer verpflichtet, ein dingliches Vorkaufsrecht zu bestellen, wird nicht unter § 313 B. G. B. fallen; denn die Verbindlichkeit, die er übernimmt, geht dahin, ein begrenztes Recht zu begründen, nicht dahin, das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen."